

# El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs

Juan Antonio García Amado\*

## RESUMEN

*El texto efectúa una revisión de los planteamientos de Jakobs respecto al denominado "Derecho penal de enemigo" destacando las contradicciones metodológicas en que incurre el prof. alemán, y las graves consecuencias de la discutible diferenciación entre ciudadanos y enemigos a efectos del reconocimiento o no de los derechos y garantías previstos por el ordenamiento jurídico para quienes son investigados, procesados y condenados por la comisión de hechos punibles.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho penal del enemigo, terrorismo, guerra, criminalización del enemigo, militarización de la justicia, fundamentalismo occidental.*

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

## SUMARIO

1.- RELACIÓN ENTRE PERSONA Y DERECHO. 1.1.- LA EFICACIA DE LAS NORMAS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PERSONA. 1.2.- SEGURIDAD NORMATIVA (DE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS) Y SEGURIDAD COGNITIVA (DE LA REALIDAD DE LA OBEDIENCIA). 1.3.- LOS EJEMPLOS Y LOS CASOS. 2.- NORMA PENAL Y SANCIÓN PENAL. 3.- ¿QUIÉN PUEDE SER ENEMIGO? 4.- ¿QUÉ SE PUEDE HACER CON EL ENEMIGO? 5.- DE NUEVO, Y PARA CONCLUIR, SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

Señala Jakobs las siguientes "peculiaridades típicas del Derecho penal de enemigos":

i) "Amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (...) o del cultivo de narcóticos por parte de bandas organizadas".

ii) "Falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento".

iii) "Paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia"<sup>1</sup>.

iv) "Supresión de las garantías procesales" (ACD, 58-59).

Ese "Derecho" denominado "Derecho penal del enemigo" tal vez no es propiamente Derecho, en opinión de Jakobs, y convendría delimitar de modo preciso su naturaleza conceptual, tal vez a-jurídica<sup>2</sup>. Trazar hoy tal

<sup>1</sup> De modo que, por lo que se ve, la legislación de Derecho penal no se dirige, al menos prioritariamente, a combatir la delincuencia. Será seguramente porque, como veremos, el Derecho penal ordinario o del ciudadano tiene como función principal ratificar la confianza normativa de éste y motivarlo para que se mantenga en la obediencia a las normas.

<sup>2</sup> "El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión

delimitación sería cometido prioritario de la ciencia jurídico-penal, según Jakobs<sup>3</sup>.

Tras enumerar éstos que podríamos llamar los caracteres del tipo de normatividad asociada al combate frente a enemigos, distintos de los que son propios del Derecho penal de ciudadanos, que trata con delincuentes “ordinarios”, vamos a ir analizando los fundamentos y las razones de fondo de ese Derecho penal del enemigo.

## 1. Relación entre persona y Derecho

### 1.1 La eficacia de las normas y la pérdida de la condición de persona

¿Qué hace que una persona pierda su condición de tal y pase a mero individuo? Usa Jakobs una analogía bastante engañosa a este respecto. En efecto, en el *Prólogo* al libro que publica con Manuel Cancio dice que:

“De acuerdo con una cómoda ilusión, todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí por medio del Derecho en cuanto personas. Esta suposición (...) es ilusoria porque un vínculo jurídico, si se pretende que concurra no sólo conceptualmente, sino en realidad, ha de conformar la configuración social; no basta con el mero postulado de que tal conformación debe ser. Cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social. Dicho con un ejemplo: mucho antes de la llamada liberalización de las distintas regulaciones respecto del aborto, estas rígidas prohibiciones ya no eran verdadero Derecho (y ello con total independencia de qué se piense acerca de su verdadera justificación).

Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, la de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal -determinado por derechos y deberes- la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo” (DPE, *Prólogo*, pp. 13-14).

Parece, pues, que al igual que una norma jurídica perdería su validez al convertirse en ineficaz, la construcción jurídica de la persona decae y

de si aquél, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho” (ACD, p. 58).

<sup>3</sup> Vid. ACD, pp. 53-55, en relación con p. 61.

el sujeto deja de ser tal y se torna mero individuo cuando incumple de determinada manera o en cierta medida reiterada los deberes jurídicos, o al menos los penales, que le incumben. Pero subyace en tal analogía un paralelismo posiblemente injustificado entre lo que es una propiedad de las normas o instituciones del sistema y lo que es una característica de los sujetos del sistema. Se está comparando la ineficacia normativa con la desobediencia subjetiva, el desuso de las normas con lo apropiado de las categorías mediante las que se califica a los sujetos; se está asimilando la pérdida de juridicidad de una norma que no se cumple ni se aplica con la pérdida de “personalidad” de un sujeto que no se atiene a una norma, aunque ésta sea eficaz. ¿Vale semejante equiparación entre propiedades de la norma y propiedades de las “personas”?

Si la configuración jurídica del sujeto depende de la acción del mismo y no de la adscripción genérica por el Derecho, ya no podrá en propiedad hablarse de que la persona sea un constructo del sistema jurídico mismo, sino, todo lo más, de constructo condicionado a ciertas prestaciones normativas del sujeto mismo. Es decir, no es el Derecho el que hace del individuo persona, sino que persona sería solamente el individuo básicamente obediente. La persona sería la suma de dos elementos: uno normativo, consistente en ser centro de imputación de obligaciones por parte del sistema jurídico, y otro empírico-subjetivo, cual es una determinada actitud frente a tales obligaciones jurídicas imputadas.

Con ello en el aparente constructivismo de Jakobs se abre una importante brecha, pues el mismo Jakobs que nos había estado diciendo que hasta la misma culpabilidad es parte del tipo objetivo, que es imputada por el sistema y no resultado del conocimiento de atributos psíquicos del sujeto, admite ahora que hay un tipo de “maldad” subjetiva que se traduce en peligrosidad (incluso en mera peligrosidad abstracta, previa a la comisión de hechos dañosos) ante la que el sistema responde excluyendo de la condición de persona a tal sujeto peligroso. Sólo hay dos maneras de salir de tal incoherencia interna de su teoría:

a) Entender que la pérdida de la condición de persona no se sigue de datos subjetivos (maldad, propósito individual de no atenerse a las pautas comunes), sino de elementos perfectamente objetivos y objetivables, como el número o el tipo de delitos cometidos. Pero en tal caso tendría Jakobs que justificar por qué unos delitos sí desposeen y otros no desposeen de la condición de persona, poniendo de relieve cuál es ese elemento común, fundamento de tal desposesión objetiva, que poseen tales delitos. Y, como

luego veremos de nuevo, no se ve tal elemento objetivo común entre los ejemplos de tales delitos que Jakobs menciona (compárese por ejemplo la delincuencia sexual individual y la delincuencia económica organizada), ni es ése lenguaje objetivador el que Jakobs suele utilizar.

b) Entender que tal condición de peligrosidad extrema e incompatibilidad con los fundamentos cognitivos del sistema jurídico la imputa el sistema jurídico mismo, en aras de reforzarse en sus fundamentos, tanto normativos como cognitivos, mediante la creación de “enemigos”, que no serían sino cabezas de turco (nunca mejor dicho) al servicio de la lubricación misma del sistema. Al fin y al cabo, si la “persona” es una creación social<sup>4</sup>, parece que creación social puede ser también el individuo no-persona, que es su contrapunto. Y los hechos psíquicos no cuentan sino en tanto que interpretados desde una pauta que está normativamente sentada<sup>5</sup>, por lo que no es que la norma se atenga a los tales hechos, sino que tales hechos indican lo que la norma dice que indican. La peligrosidad de ciertos sujetos, que lleva a desposeerlos de la “personalidad” y sus correspondientes derechos, la crearía, así, arbitrariamente<sup>6</sup> el sistema jurídico, con propósitos de facilitar la cohesión social que le debe servir de base, y más en este momento en que se ha tornado dificultosa tal prestación por otros sistemas, como el moral, el de educación, el religioso, etc., dado el pluralismo y multiculturalismo en que nuestras sociedades habrían caído, para disgusto de Jakobs<sup>7</sup>. Desde aquí se explicaría lo heterogéneo y carente de hilo conductor o nexo que tiene la enumeración de ejemplos de “enemigo” que Jakobs suele citar, pues lo que los aglutina a todos no es la extrema peligrosidad en sí, sino su común función de chivos

<sup>4</sup> “Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social” (NDJ, p. 20).

<sup>5</sup> “La valoración de hechos psíquicos depende del correspondiente contexto social: los hechos deben concebirse como meros indicadores de falta (o presencia) de fidelidad al ordenamiento jurídico” (NDJ, p. 43). “Lo que un comportamiento significa depende de la semántica de la sociedad. La causalidad (hipotética) de una conducta *per se* no significa nada; al contrario, es necesario que también se produzca la atribución de lo acontecido al ámbito de cometidos de una determinada persona si se pretende alcanzar el plano del significado” (NDJ, pp. 43-44).

<sup>6</sup> Es decir, en función de sus necesidades internas y del mejor servicio a la prestación para el sistema social que lo justifica.

<sup>7</sup> Vid. *infra*.

expiatorios. El individuo, convertido en “chivo” expiatorio, se animaliza, y así habla el propio Jakobs. La necesidad de señalar enemigos proviene de la conveniencia de construir a “los otros”, a los malos, por contraste con los cuales nos afirmaremos y aglutinaremos nosotros, los buenos, en torno a nuestro sistema comunitario de normas, prácticas y convicciones.

Pero volvamos a la relación entre eficacia normativa y pérdida de la condición de persona. Oigamos de nuevo a Jakobs:

“Ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal -rige- por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real (...). No existen delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado” (DPE, p. 34).

“Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real” (DPE, p. 37).

El razonamiento de Jakobs seguiría en esto la siguiente secuencia: a) todo Derecho, para ser tal, ha de ser eficaz; b) la condición de persona la determina el Derecho, es una construcción o producto jurídico-normativo; c) si un sujeto se sale de las reglas que el Derecho señala para las personas, abandona la sociedad de las personas y se convierte en mero individuo, en enemigo; d) de esa manera, el Derecho que hacía de ese sujeto una persona habría perdido su eficacia; e) por tanto, es la ineficacia de la norma, con su inevitable secuela de “ineficacia” de la personalidad asignada, lo que determina la pérdida de la personalidad por el sujeto y su conversión en mero individuo, en enemigo.

Creo que este razonamiento, si lo he reproducido correctamente en sus pasos, adolece de un grave vicio conceptual, por un lado, y, por otro, es expresión del grave prejuicio autoritario que lastra el pensamiento de Jakobs en los últimos tiempos. El defecto conceptual está en esa equiparación entre ineficacia de la norma y pérdida de la personalidad del sujeto. Lo que hace ineficaz una norma es su incumplimiento masivo, es decir, que no sea obedecida y que las instituciones competentes masivamente se abstengan o no sean capaces de imponer las consiguientes sanciones. Pero por el hecho, pongamos por caso, de que algunos contratos no se cumplan, o, mejor aún,

de que un individuo incumpla siempre sus contratos, no deviene ineficaz el Derecho contractual. Y, sobre todo, el que un delincuente delinca grave y reiteradamente no convierte a la norma penal correspondiente en ineficaz si a tal delincuente hay una alta probabilidad de que las instituciones judiciales le impongan la pena y las encargadas de aplicarla la apliquen. A lo que se suma que el supuesto de delincuencia masiva al que parece que Jakobs asocia la operatividad del Derecho penal del enemigo no creo que se dé en la actualidad con ninguno o casi ninguno de los ejemplos que él suele mencionar como representativos (v.gr. delitos sexuales o de terrorismo. No vivimos rodeados de violadores y terroristas, por mucho que sean muy llamativos y dramáticos algunos de los pocos supuestos actuales de uno u otro de esos comportamientos).

La incongruencia de la comparación que Jakobs hace proviene de que está asimilando un caso de incumplimiento masivo de una norma por multitud de sujetos al caso de un sujeto que incumple "masivamente" una o varias normas, y éstas no son entidades parangonables en modo alguno. Las normas penales no fracasan cuando los sujetos delinquen, sino justamente al contrario, se realizan cuando los sujetos delinquen y se les imponen las penas correspondientes. La reincidencia del delincuente, cuando acontece, no muestra el fracaso de la norma penal, sino sólo de uno de sus componentes, si acaso, como es el propósito resocializador. Y tal fracaso, la mayoría de las veces, no será imputable a la norma misma, sino a las normas e instituciones complementarias encargadas de la ejecución de las penas. Si la cárcel no resocializa al homicida no es por culpa, creo, de la norma que pena el homicidio. Cuando un sujeto comete graves delitos o reincide no es su acción producto de un error del sistema jurídico al asignarle "personalidad" y derechos, sino al contrario: los derechos y garantías penales están precisamente para cuando el delito acontece. Cada vez que se condena en forma a un delincuente se ratifica el acierto de concederle derechos, no al contrario. Salvo que se piense, como me parece que le ocurre a Jakobs en los últimos tiempos y ya he señalado, que la función de la norma penal no es responder al delito sino instar la obediencia; que el paradigma y el punto de mira del Derecho penal no es el delincuente, sino el ciudadano obediente, entregado y sumiso; que las normas penales existen para otorgar a los ciudadanos garantías de que los delincuentes no les van a dañar ni preocupar más, no para asegurar a los (sospechosos o acusados de) delincuentes que no van a ser objeto de las

iras, la venganza o la búsqueda histórica de seguridad por las sociedades. En el fondo, el Derecho penal del enemigo no reprime el delito, sino la heterodoxia.

Veamos un texto en el que me parece que esa evolución de Jakobs y la elevación de la obediencia a supremo bien jurídico-penal queda patente:

"Por ello, no basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por sus legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico (...). Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar (...) Brevemente: el hecho de que se sancionen las infracciones de la norma no es suficiente *per se* para el mantenimiento del orden, sino que, por el contrario, es necesario que en la mayoría de los casos se cumpla también la norma primaria. Para clarificar lo dicho: si se considera, por ejemplo, la norma primaria <<no matarás>>, y se añade la norma secundaria <<y si lo haces, serás castigado>>, no bastará, en caso de que haya homicidios en masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse homicidios masivos si se quiere que la realidad del Derecho no se vea afectada" (NDJ, pp. 54-55).

Así que acabaremos concluyendo que la manera de que el Derecho no sufra es no aplicarlo a ciertos delincuentes, considerar que éstos no son sujetos de tales derechos. De esa manera el índice de homicidios bajará y estaremos satisfechos con la vigencia y la eficacia de la correspondiente norma penal, pues las muertes que tales individuos causaron no serán homicidios, sino actos de guerra, a los que se responde también desde las reglas empíricas de la guerra y no desde las normas del Derecho penal y procesal. Lo llamativo, repito, es que Jakobs considere que esa prestación de orden asignada a las normas penales se consiga mediante la neutralización de ciertos "delincuentes" al margen de los límites y las garantías asociados a la norma penal. La manera, al parecer, de mantener la vigencia de la norma penal (y el orden consiguiente) en los casos de delincuencia masiva, es decir, de alta ineficacia de las prohibiciones penales, no consiste en reformar estas prohibiciones o preguntarse de dónde proviene el desajuste entre Derecho penal y sociedad, sino en neutralizar a los más desobedientes mediante los procedimientos que

libremente<sup>8</sup> le parezcan al Estado más prácticos y expeditivos. Podríamos decir aquí que Jakobs da el salto de ver el Derecho penal como mecanismo de estabilización contrafáctica de expectativas, tal como venía diciendo, en la estela de Luhmann, a entender que de nada sirve todo eso sin el Derecho penal del enemigo como estabilización contrafáctica del orden comunitario<sup>9</sup>, aunque sea a costa de la defraudación de las expectativas normativas, de las expectativas normativas de ese delincuente "malo", que ve cómo para él no rige la norma que supuestamente ofrecía garantías a todos; y de las expectativas normativas de la sociedad, que contempla cómo subrepticamente se introduce en las normas penales y procesales una cláusula tácita, que rezaría más o menos así: el principio de legalidad penal y el de debido proceso sólo rigen para los que en general obedecen, es decir, para los que menos uso necesitarán hacer de ellos. Y al enemigo, ni agua.

## 1.2. Seguridad normativa (de la vigencia de las normas) y seguridad cognitiva (de la realidad de la obediencia)

Vayamos ahora con el tema de la seguridad cognitiva, tocado ya en los dos párrafos últimamente citados. Según Jakobs, para que exista sociedad las personas han de poder esperar que las normas se cumplan, al menos las más básicas, y las penales lo son. La sanción penal "ordinaria" es, como viene diciendo Jakobs desde hace muchos años, siguiendo a Luhmann, ratificación, a los ojos de esos ciudadanos, de la vigencia de la norma; o sea, con la pena se les comunica que es la norma previa la que

<sup>8</sup> Dice JAKOBS que los límites en el trato con los enemigos no son más que límites autoimpuestos por el Estado por razones estratégicas (*zweckorientierte Selbstbindungen*), pensando sobre todo en la posibilidad de que el enemigo quiera retornar a la obediencia. Pero que si no queda nada de esta posibilidad, ninguna razón restará tampoco para que el Estado se pare en límites, y tal sería el caso de los encerrados en Guantánamo, según expresamente menciona (SS, p. 44).

<sup>9</sup> Cfr. E. PEÑARANDA RAMOS, C.J. SUÁREZ GONZÁLEZ, M. CANCIO MELIÁ, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación en Günther Jakobs", en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Civitas, 1997, pp. 18 ss. Dicen estos autores (p. 18) que "se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del <<ejercicio de la fidelidad al Derecho>>, en su concepción de la prevención general (positiva)".

sigue en vigor, y no la regla que, como alternativa, estaba proponiendo el delincuente con su conducta<sup>10</sup>. A esto añade Jakobs ahora que la pena privativa de libertad sirve también para asegurar al delincuente para que no vuelva a causar el mismo daño. Pero, al parecer, todo esto no basta y los ciudadanos necesitan también seguridad cognitiva; esto es, no basta reiterarles comunicativamente que la norma sigue vigente, sino que han de poseer seguridad de que de hecho la norma va a ser cumplida, seguridad cognitiva, por tanto<sup>11</sup>. ¿Pero qué significa tal cosa? En Jakobs significa que hay que sacar de la sociedad a los que por hábito o deliberación no cumplen las normas<sup>12</sup>. La referida seguridad cognitiva sería total y plena allí donde

<sup>10</sup> En la obra reciente de JAKOBS puede verse a este respecto por ejemplo NDJ, pp. 48 ss. Sintetiza JAKOBS así el contenido de esas páginas: "el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vivencia de la norma: a esto se llama <<prevención general positiva>> (...) lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma" (NDJ, p. 48). Sería muy interesante detenerse a contrastar si el cambio de lenguaje o de acento de JAKOBS, que antes solía explicar el hecho delictivo como comunicación que ofrece una alternativa a la norma vigente y que ahora más bien lo caracteriza como "rebelión contra la norma", encierra un cambio importante de fondo. Me parece que sí, y que por eso ahora el delincuente ya no es el mero portador de una alternativa a la norma, sino el "malo" que se rebela contra la sociedad que con las normas se constituye. Pero sería necesario fundamentar esta hipótesis con un detenimiento que aquí no cabe.

<sup>11</sup> Cfr. ACD, 56-57. La función comunicativa de la pena opera sólo entre quienes en el fondo están de acuerdo en los contenidos de tal comunicación, pues tienen la "disposición jurídica" de acatar las normas, aunque algún incidente puntual pueda inducirlos a un incumplimiento que no es más, en el fondo, que un error (cfr. infra). Pero con el que no está de acuerdo no se toma el sistema la molestia de comunicar nada, simplemente se lo excluye de la comunicación y, con ello, de los derechos. Sólo hay derechos entre los que están de acuerdo con las normas que los otorgan o los limitan; los disidentes, los reticentes y los insumisos no tienen derechos porque no admiten el Derecho, que es el Derecho vigente, sea cual sea su contenido, pues de la relevancia del contenido para lo que estamos hablando o para lo "legítimo" o justificado de la condición asignada de enemigo nada dice JAKOBS. Su particular normativismo rebase con esto cualquier positivismo jurídico de los del siglo XX (Kelsen, Hart, Bobbio...) y nos arroja de bruces a una forma posmoderna de positivismo ideológico.

<sup>12</sup> "La personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo

no existiera ni el más mínimo riesgo de delito, porque el acatamiento a la norma se asegurase por medios tan eficaces que no dejaran lugar a escapatoria. Es fácil pensar al efecto en sociedades "orwellianas" y "mundos felices".

Pero Jakobs no da el paso de proponernos sistemas de manipulación de conductas que aseguren ese objetivo. Lo que nos dice es que la privación de la condición de persona al enemigo sirve a tal seguridad cognitiva. Pero ¿cómo? Téngase en cuenta que lo que propone no es afinar al máximo los instrumentos ordinarios del Derecho penal, al fin de que su plena eficacia reduzca la delincuencia al mínimo y nos permita vivir lo más confiadamente posible. No, lo que dice es que a tal seguridad cognitiva sirve el enviar al limbo jurídico, a un mundo sin derechos ni garantías, a ciertos delincuentes. Pero, ¿qué seguridad cognitiva me brinda a mí el hecho de que un violador sea castrado, que un sospechoso de simpatizar con un grupo terrorista sea encerrado o que un grupo de presuntos (ni siquiera probados) fanáticos islamistas sea encerrado en Guantánamo? El hecho de que se prive de derechos y se aisle o se inocuice por completo a ciertos delincuentes sólo me asegura que esos delincuentes no van a volver a delinquir, pero no necesariamente, ni mucho menos, me asegura que disminuyan las posibilidades o los índices del delito de que se trate<sup>13</sup>. Por tanto, esa equiparación entre aumento de la referida seguridad cognitiva y Derecho penal del enemigo es más que problemática. No necesariamente, ni mucho menos, disminuye el riesgo global de delito, a lo que se añade que al tiempo que se intenta disminuir la probabilidad de violación de una norma se manda a la sociedad el mensaje de que no están ya sin excepción vigentes otras normas, las que recogen las garantías procesales y penales. Así que lo que con una mano se da, con otra se quita, en términos de

contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas" (DPE, 47). En consecuencia, no es el Derecho el que constituye a la persona al hacer a todo individuo titular de derechos, sino al revés: es el individuo que obedece las normas el que se hace merecedor de la personalidad y los derechos; el que no, no.

<sup>13</sup> Es ocioso aludir al efecto justamente contrario que han producido ciertos modos de tratar recientemente el terrorismo islámico en determinados países. A esa posible "falta de efectividad" (en el plano preventivo-fáctico) de tales normas del <<Derecho penal del enemigo>>" alude MANUEL CANCIO, "<<Derecho penal>> del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la Democracia*, 44, 2002, p. 22.

estabilización social mediante el Derecho y garantía de la identidad normativa de una sociedad. Volveremos sobre esto último.

### 1.3 Los ejemplos y los casos

Llama la atención siempre ver qué ejemplos maneja Jakobs. Los ejemplos son lo menos inocente de su teoría y lo que mejor enseña el potencial expansivo de su idea de enemigo. Veamos el que trae a colación a propósito de éste de la seguridad cognitiva. Inmediatamente después del párrafo anteriormente citado, añade:

"Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no me ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida" (DPE, p. 37).

Creo que la pregunta se impone por sí sola: ¿qué aporta para mi seguridad cognitiva y mi disposición a entrar en ese parque el hecho de que se considere enemigos y se prive de derechos a los delincuentes sexuales, los traficantes de drogas o los delincuentes económicos de bandas organizadas? Me parece que nada. Para que esa seguridad cognitiva mía se diera deberían garantizarme dos cosas: una, que también reciben trato de enemigos los homicidas, los ladrones y los que puedan lesionarme (¿también, por ejemplo, los que puedan atropellarme con una bicicleta?); y dos, y sobre todo, que dicho tratamiento sea criminológicamente eficaz y de hecho reduzca a muy escasas o nulas mis posibilidades de sufrir cualquiera de esos contratiempos. Lo uno más lo otro, esto es, la ansiada seguridad cognitiva, sólo es alcanzable, teóricamente, en una sociedad orwelliana, pero jamás y por definición en un Estado de Derecho.

Se replicará a lo anterior que quizá el ejemplo de Jakobs es poco afortunado, pues para él enemigos no son los homicidas o ladrones "normales", sino sólo los terroristas, grandes traficantes o delincuentes empedernidos. Bien, pero si la clave es la seguridad cognitiva del ciudadano, y dado que mis posibilidades de morir a manos de un vulgar atracador o un homicida de medio pelo son mucho mayores que las de perecer en un atentado terrorista, ¿no debería verse favorecida mi seguridad cognitiva inocuizando a cualquier homicida o atracador potencial tanto o más que

a los sospechosos de terrorismo? La doctrina de Jakobs sólo se torna coherente cuando se radicaliza por completo y se hace que correspondan sus ejemplos con sus filosofías. Y esto es tanto como decir cuando el Derecho penal desaparece y se reemplaza por otros medios de gestión y eliminación de la desobediencia.

La seguridad cognitiva en la que piensa Jakobs no es una seguridad estadística, que es la única que realmente tendría sentido respecto de un sistema penal en funcionamiento en un Estado de Derecho; es decir, no tiene que ver con la alta o baja probabilidad de delito, sino que es una seguridad referida a los individuos y sus actitudes e intenciones. Tal seguridad, por tanto, no deriva de que un sistema penal sea eficiente en la persecución y disminución del delito, sino de que consiga apartar de la sociedad y de la posibilidad de dañarla al delincuente. Y, lógicamente, tal seguridad aumenta considerablemente si al delincuente no se le trata meramente *ex post facto*, sino que se adelanta la barrera al tratamiento del delincuente meramente sospechoso, probable o verosímelmente posible. En las palabras, siempre oscuras, de Jakobs:

“Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión” (DPE, 38).

Así pues, el Derecho penal, a través de las medidas de seguridad, y el Derecho del enemigo, no responden a hechos meramente, sino que “tratan” personalidades para someterlas o, cuando esto no es posible, aislarlas de la sociedad<sup>14</sup>. Persona es el sujeto del que con fundamento presumimos que se guiará por las normas en lugar de andar a su aire. De nuevo vemos que el Derecho no es servicio a la libertad igual de todos, sino a la común sumisión<sup>15</sup>. De la persona no hace falta calcular cuál será

<sup>14</sup> “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (DPE, pp. 47-48).

<sup>15</sup> “Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona” (DPE, p. 40).

su conducta posible o a qué se atendrá, pues lo sabemos de antemano: actuará conforme a lo establecido. El otro, el que nos desconcierta y nos inquieta, no es persona; el diferente no es persona, es enemigo. No se trata con hechos, sino con personalidades, es decir, con modos subjetivos de ser y estar<sup>16</sup>. Sólo tiene personalidad jurídico-penal quien tiene una determinada personalidad subjetiva, psicológica y política.

Volveremos más adelante al tema de los casos y los ejemplos.

## 2. Norma penal y sanción penal

En el fondo, se diría que lo que hay en el Jakobs que habla del Derecho penal del enemigo es una muy peculiar teoría de las normas. En efecto, parece que la norma no es alternativa de comportamiento, es decir, tipificación de un deber que, en aras de la libertad constitutiva de los sujetos, tanto puede ser obedecido como desobedecido, si bien para la desobediencia se prevé el precio (o el mensaje) de la sanción. La norma penal no es el esquema dual que asocia la juridicidad a un comportamiento y la antijuridicidad al comportamiento opuesto, sino diseño de un modelo único de conducta, que no admite, por tanto, más respuesta que la obediencia. Habría obediencia plena, que es realización perfecta de la norma, con incumplimientos puntuales, por despistes o debilidades ocasionales que no suponen “intención” de cuestionar a fondo y con vocación de futuro la norma correspondiente. A estos incumplimientos puntuales, que no abrigan propósito de desobediencia ni enfrentamiento con la norma, se aplican las sanciones penales, para ellos funciona el sistema penal como refuerzo de las expectativas normativas. Pero cuando la desobediencia es plena, cuando el individuo se enfrenta con determinación a la norma, sale del

<sup>16</sup> “La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza (...) por la circunstancia de que no se trata en primera 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” (DPE, p. 40). O, como dice en otro lugar Jakobs, “el problema de legitimidad se plantea a propósito de qué debería hacer el Estado cuando un autor acredita un comportamiento que excluye que en el futuro no se puede confiar en que se someta a la norma” (SS, p. 42). Y la respuesta que da es clara: considerar que no es persona, por razón de esa su potencialidad delictiva (ibid.), y que, por tanto, no tiene derechos ni hay más límite a su neutralización como dueño de sus actos que lo que el Estado considere oportuno, en función del grado en que evalúe esa su peligrosidad (cfr. infra).

esquema de ésta, en el que tal desobediencia no cabe, y queda expulsado de la sociedad que el Derecho constituye. Tal sociedad jurídicamente constituida ya no es aquella en que conviven ciudadanos que acatan las normas y delincuentes, esto es, ciudadanos que las incumplen, incluso con deliberación y convicción. No, en sociedad sólo interactúan bajo las reglas todos aquellos y sólo aquellos que quieren cumplirlas (aunque puedan en alguna ocasión desfallecer). Por tanto, sólo poseen derechos los que aceptan las obligaciones. Las obligaciones anteceden a los derechos y son su fundamento<sup>17</sup>. Los otros sujetos, los que se resisten a las normas penales, quedan por fuera del sistema jurídico, pues en las normas de éste, como ya señalé, no habría previsión para ellos, y no habría previsión en ninguno de los sentidos: ni para imponerles obligaciones ni para reconocerles derechos. Tales sujetos son meros objetos para el Derecho.

En resumen, el Derecho penal funcionaría con arreglo al siguiente esquema: a) Las normas penales constituyen al ciudadano estableciendo qué deberes de obediencia lo caracterizan. b) Dichas normas también prevén el precio que el ciudadano debe pagar por sus incumplimientos ocasionales de tales deberes y para no perder tal condición de ciudadano. c) El Derecho penal no se refiere a los ciudadanos que no quieren obedecer, y al no referirse a ellos los deja sin los derechos que son el correlato de la aptitud general de obediencia de la que tal sistema penal parte.

La teoría penal de Jakobs explica la norma, el delito y la sanción como comunicaciones relativas a modelos socialmente válidos de comportamiento. Se apoya para tal punto de partida en la teoría social sistémica de Luhmann. Pues bien, sólo tiene un mínimo sentido y una mínima coherencia esa concepción de la norma, del delito y la sanción como comunicaciones, en el contexto de una teoría social que entiende que todo acontecer social es un acontecer comunicativo y que no hay comunicación

<sup>17</sup> Creo que puede verse una expresión literal de esto en el siguiente párrafo de JAKOBS: "Con ello, hemos pasado de un entendimiento cognitivo a una comprensión normativa de lo social: las personas *deben* cumplir deberes y, como puede añadirse de inmediato, son también titulares de derechos. Es en este contexto en el que la pregunta arriba mencionada obtiene su sentido pleno: ¿cómo pudiste hacer tal cosa *en cuanto persona*, cuando las personas se constituyen a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico? La persona preguntará a su vez que de dónde va a extraer las ganas, el interés en cumplir normas que no le aportan ventaja alguna, manifestando con tal réplica al mismo tiempo que ella misma no se ha entendido como persona. La respuesta a la pregunta es que es cometido suyo procurarse la disposición de cumplir la norma" (NDJ, pp. 19-20).

extrasistémica ninguna. Si esto es así (y así tiene que ser, como he dicho, para que haya en Jakobs una mínima coherencia teórica y no una simple amalgama de elementos doctrinales inconexos e incompatibles) no tenemos más remedio que concebir también que lo que el sistema jurídico hace con los "enemigos" es igualmente una comunicación del sistema jurídico<sup>18</sup>. El código binario del sistema jurídico es jurídico/antijurídico, y no puede operar con una tercera categoría, la de a-jurídico. En otros términos, el Derecho sólo puede contemplar las conductas como permitidas (jurídicas) o no permitidas (antijurídicas), y todo lo que no reciba uno de esos calificativos deberá recibir el otro. Esto implica o que lo no (expresamente) prohibido está permitido (así funcionan los sistemas jurídicos actuales por imperativo de las prestaciones que cada sujeto ha de realizar para los demás (sub) sistemas sociales) o que lo no (expresamente) permitido está prohibido. *Tertium non datur*.

Si esto es así, no puede mantenerse que el trato que reciben los enemigos carezca de lectura jurídica. Es decir, el comportamiento del enemigo o está prohibido o está permitido. El Derecho no puede verlo de otra manera, de una tercera manera; ni puede dejar de verlo bajo su óptica, pues no hay conductas excluidas de la calificación jurídica. Así que me parece que no hay más remedio que admitir que en el planteamiento de Jakobs el Derecho penal lo que hace es desdoblar el elemento sancionatorio, de tal manera que una norma penal contendría el siguiente mensaje triple: i) al que obedezca no puede imponérsele ningún castigo; b) al que desobedezca puntualmente o sin intención de cuestionamiento radical se le impone la sanción típica; c) al que desobedezca reiteradamente o al que (aun sin desobedecer: adelantamiento de las fronteras de la punibilidad) tenga intención de desobediencia radical (enemigo) se le puede imponer cualquier castigo o medida. O, desde otro punto de vista, lo que se muestra es que el

<sup>18</sup> Sin embargo, no parece ser la de la coherencia teórica la preocupación central de JAKOBS en estos momentos, y por eso no tiene interés ninguno en presentar las medidas del Derecho penal del enemigo como diálogo o comunicación con el individuo peligroso. Otra cosa es la interpretación que aquí proponemos y que presentaría tales medidas como mensaje a los buenos ciudadanos para que se mantengan en su disciplinada actitud. A los sujetos peligrosos, decretados enemigos, se les priva no sólo de los derechos formales, sino también de la condición de interlocutores en la comunicación normativa, como a los animales: "Con este lenguaje -adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos" (ACD, p. 59).



enemigo sí es originariamente destinatario de obligaciones jurídicas, pero, en cuanto que las obligaciones anteceden a los derechos y en cuanto que éstos sólo se mantienen bajo una actitud básica de acatamiento de aquellas obligaciones, el incumplidor convencido o reiterado (o el que puede llegar a serlo) pierde sus derechos como ciudadano y queda convertido en enemigo y sin derechos en propiedad.

Conforme a lo anterior, el trato que se otorga a los que caen en ese tercer grupo, a los enemigos, también habrá de tener algún significado comunicativo. Según Jakobs, la sanción "normal", que sería la que corresponde a lo que vengo llamando la desobediencia puntual, sirve a la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas y contiene, por consiguiente, el mensaje de que el contenido de la norma sigue vigente pese a ese ocasional incumplimiento. En cambio, el problema de los enemigos sería que no se limitan a plantear una alternativa a la vigencia de la norma, proponiendo una norma distinta como guía válida de conducta, sino a negar la normatividad misma, con lo que perdería base la expectativa cognitiva de que hay sistemas normativos efectivos. Y la reacción del sistema jurídico aquí sería la de la exclusión o neutralización de tales individuos<sup>19</sup>, retirándoles el trato y la condición de personas<sup>20</sup>. Se les retira de la circulación para que los ciudadanos vean que todas las personas que en sociedad interactúan se atienen básicamente a las normas, que no hay nadie que campe por sus respetos fuera de ellas u obre con modelos radicalmente alternativos a ellas o de ellas. Se les quita de en medio. De esa forma, la expectativa cognitiva de que nos guiamos todos básicamente por las mismas pautas se confirma, porque desaparecen de nuestra vista los que no lo hacen así, dejan de ser nuestros interlocutores, pues ya no vuelven a poder comunicarse con nosotros y, en lugar de eso, el sistema simplemente nos comunica que no existen, que no son personas, que son objetos o animales, que no están a nuestro nivel y no son verdaderas comunicaciones las acciones/emisiones suyas que han dado lugar a su expulsión del grupo social, del grupo de las personas.

<sup>20</sup> "A diferencia de la pena ... no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido" (DPE, 56). "Ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la - si se me permite la expresión- neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas" (ACD, p. 60).

Se cierra así el círculo: no hay alternativas a la obediencia. Hemos dado el salto del Derecho penal a un sistema distinto, mero gestor de obediencia por la vía de la muerte civil y penal (y tal vez física) del que se resiste en serio o es sospechoso de poder llegar a tal. Las distopías más terribles comienzan a tener su doctrina habilitadora. Repárese en que se da un paso más allá del Derecho penal propio de las dictaduras, hacia un modelo autoritario que más que represivo de la disidencia radical es supresor de ella. En efecto, en las dictaduras la política criminal adopta dos modelos, que pueden combinarse: por un lado, tipificación de más comportamientos, unida, en su caso, a endurecimiento de las penas; y, por otro, empleo de medios represivos sustraídos al Derecho, pero que tratan de ocultarse. Es decir, en las dictaduras al uso al tenido por delincuente o se le combate con los medios del Derecho penal o se le masaca con conciencia de la antijuridicidad de tal proceder, aunque se justifique en otro nivel por razones de Estado. En cambio, con el modelo del jakobsiano Derecho penal del enemigo, un régimen político autoritario ya no necesitará ni endurecer la ley penal ni poner a sus aparatos de seguridad a operar clandestinamente, pues ha desdoblado la ley penal limitando sus efectos benéficos sólo a los obedientes y a los bien dispuestos que puedan incurrir en ocasionales debilidades o despistes, y haciendo que sea esa misma ley la que tácitamente declare sin derechos, ni garantías, a los desobedientes radicales o sospechosos de poder llegar a serlo. Mediante semejante reinterpretación de los fundamentos del sistema penal, y del jurídico todo, ya no será necesario ni derogar la Constitución, ni suprimir formalmente la democracia, pues una y otra sólo se dan para "personas", es decir, para obedientes y conformes.

Algún jakobsiano podría alegar que la pérdida de la condición de "persona" por los enemigos, pérdida que hace que no sean ciudadanos, sino animales, no es imputación del sistema jurídico, sino mero correlato de atributos de tales individuos, con lo que no tendría razón de ser esa lectura de la norma jurídica que acabamos de hacer como portadora de un triple mensaje. Pero creo que este argumento carece de toda viabilidad, desde el momento en que dicha condición la asocia Jakobs a actitudes frente a las normas<sup>21</sup>. A un animal no se le califica como tal por su actitud frente a las

<sup>21</sup> Tal vez por eso dice que "un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva" (DPE, p. 22). Sobre esta base pierde su peso la

normas, en cambio a un enemigo sí. Luego sólo metafóricamente es un animal (obviamente) y, lo que es más importante, se construye desde las normas, se construye normativamente. Son las propias normas, si bien en la versión de Jakobs que he tratado de esquematizar hace unos momentos, las que distribuyen el tratamiento entre personas y no personas, asignando a los individuos a uno de los dos grupos en función de su actitud ante las normas mismas.

Conviene resaltar también que el Jakobs del Derecho penal del enemigo maneja un concepto de pena que se ha hecho más complejo y que no tiene ya sólo valor comunicativo. Es decir, junto a la prevención general positiva aparece ahora la prevención negativa. Así, nos dice Jakobs que

“La pena es coacción (...) de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente, sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.

“Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad (...). En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino que quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (...) Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es

---

comparación que a veces hace JAKOBS entre el Derecho penal del enemigo y la necesidad que la sociedad tiene de protegerse frente a los incapaces para la comunicación y la comprensión ordinaria, como niños o locos. Porque resulta que esos grandes delincuentes no sólo no están incapacitados para comprender el sentido de las comunicaciones sociales, sino, al contrario, son los que mejor las entienden, hasta el punto de que pueden instrumentalizarlas en su favor o invertirlas”. En relación con esto, cfr. M. CANCIO MELIÁ, “¿<<Derecho penal>> del enemigo?”, en G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 88.

competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede -en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano” (DPE, pp. 23-24).

Si entiendo bien este párrafo<sup>22</sup>, nos está indicando Jakobs que la sanción es compleja y la condición de enemigo es gradual. Lo primero porque la pena hablaría a la sociedad en términos de refuerzo de la vigencia de la norma y de la consiguiente identidad normativa de la sociedad, pero, al tiempo, al delincuente tanto o más que hablarle lo que hace es ponerlo a recaudo para que no vuelva a delinquir, al menos en el caso de las penas privativas de libertad. Ese delincuente no cuenta prioritariamente como interlocutor (prevención positiva), sino como “individuo peligroso” del que hay que evitar, mediante su encierro, la comisión de nuevos delitos.

En cuanto al carácter gradual de la condición de enemigo, se ve que todo el que incurre en delito castigado con pena privativa de libertad adquiere la condición de “individuo peligroso”, que ese peligro, si es mayor, puede hacerlo acreedor de una medida de seguridad que lo aisle de la sociedad, y que en algún momento de ese tránsito, momento que Jakobs no concreta, ese individuo meramente peligroso se ha convertido en enemigo. Y de nuevo queda sin respuesta precisa la pregunta de qué nota o característica marca ese paso de la mera peligrosidad a la plena “enemistad”. Pues vemos, además, que ya en el Derecho penal “normal”, es decir, el que se aplica según las reglas del sistema jurídico-penal y no por fuera de él, hay Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, éste relacionado principalmente con ciertas medidas de seguridad. Con lo cual lo que ahora se desdobra es el Derecho penal del enemigo, entre uno que es reacción a un delito y otro que es “por fuera” de los esquemas de la ley penal y sus garantías de aplicación. Todo esto nos lleva a la duda sobre quién es verdaderamente el enemigo, objeto del apartado siguiente.

### 3. ¿Quién puede ser enemigo?

Visto lo anterior, acabamos por no saber si el enemigo es meramente el delincuente en general, el delincuente de ciertos delitos, el delincuente

<sup>22</sup> Similarmente, NDJ, pp. 57-58.

reincidente o el sujeto que mantiene ciertas actitudes ante las normas y la sociedad, aunque ni siquiera se reflejen en hechos. La hipótesis que aquí manejaré es que la heterogeneidad de los supuestos y los ejemplos que Jakobs maneja, así como la diversidad de caracteres con que trata de caracterizar al enemigo, por contraste con el ciudadano, sólo se puede explicar desde la siguiente interpretación: enemigo es todo aquel que en sus comportamientos y/o en sus actitudes<sup>23</sup> diverge de la propensión a la obediencia con que se delimita al ciudadano<sup>24</sup>. Ciudadano es el que de hecho obedece y/o que en general quiere obedecer a todas las normas del sistema<sup>25</sup>, si bien puede caer en ocasionales desfallecimientos de ese propósito o en errores aislados que lo hagan ser incongruente con él<sup>26</sup>. Por

<sup>23</sup> "El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual <<peiligroso>> según el parágrafo. 20 a del Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo <<complot de asesinato>>) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra ese déficit a través de su comportamiento" (ACD, p. 59).

<sup>24</sup> Sólo así se explica el afán de JAKOBS por emparentar su construcción con los precedentes existentes en autores ilustrados como HOBBS, KANT, FICHTE, ROUSSEAU, etc., en todos los cuales es el delito *per se* y no un especial grado de gravedad de la acción o de maldad o indocilidad del sujeto lo que convierte a éste en alguien que se sustrae al contrato social y pierde la legitimidad para solicitar el respeto de sus derechos, pues él es el que con su acción se ha salido de la relación jurídica y ha optado por una relación puramente fáctica o de fuerza. Vid. DPE, pp. 25 ss.

<sup>25</sup> De ahí una de las supremas paradojas de esta doctrina de JAKOBS: en cuanto que el Derecho penal propiamente dicho es Derecho penal del ciudadano, y en cuanto que lo que caracteriza al ciudadano es su actitud positiva frente al Derecho, su inclinación a la obediencia, resulta que el Derecho penal es el Derecho que castiga los fallos o caídas de los obedientes, no el que sanciona a los verdaderos desobedientes. A éstos no se les castiga penalmente, sino que, en cuanto enemigos, se les reprime mediante las medidas del Derecho penal del enemigo, que no es propiamente Derecho, o es, si acaso, un Derecho en el que no se reconocen los derechos.

<sup>26</sup> Expresamente caracteriza JAKOBS al delincuente que no se sale del Derecho penal como "persona que actúa erróneamente" (DPE, p. 41), que ha cometido un error (DPE, p. 47). Y usa ese criterio con propósitos delimitadores, aclarando que cuando el comportamiento dañino de alguien difícilmente admite ser explicado como fruto de un error del autor, sino que resulta de una marcada tendencia o envuelve un propósito claro, estaríamos ya ante enemigos (vid. *ibid.*).

eso el delincuente no meramente ocasional o irreflexivo no es ciudadano. Pero a esto se añade que el reparto de los calificativos de ciudadano y enemigo no ocurre con arreglo a una lógica perfectamente binaria, en términos de lo uno o lo otro sin más matices, sino en escala, con una zona intermedia de grises.

Comencemos por lo heterogéneo de los ejemplos y los caracteres con que Jakobs retrata al enemigo. Lo primero que hay que decir es que sus ejemplos sólo son representativos de una parte de los "enemigos", de los grados más altos de la escala. Esto es muy importante. Los merecedores del tratamiento propio del Derecho penal del enemigo no son sólo los que suele mencionar en los ejemplos, sino muchos más. Me parece que esto responde a que habría algo así como una parte general y una parte especial del Derecho penal del enemigo. La parte general corresponde al retrato del enemigo como delincuente por tendencia u organizado, sea cual sea el delito de que se trate y siempre que revista cierta gravedad. La parte especial, usada por Jakobs para sus ejemplificaciones, consiste en las concretas leyes alemanas que contienen ya planteamientos de tal Derecho penal del enemigo, en concreto, las referidas a la criminalidad económica<sup>27</sup>, terrorismo<sup>28</sup>, criminalidad organizada<sup>29</sup>, delitos sexuales "y otras infracciones penales peligrosas"<sup>30</sup> y crímenes en general<sup>31</sup>. Vemos, pues, que la enumeración es siempre abierta<sup>32</sup>, como corresponde a lo genérico de la definición de enemigo, y que no es el tipo o entidad del delito, o su potencial dañosidad, lo que acarrea la pertenencia a la categoría del

<sup>27</sup> Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29-7-1976 (...); Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15-5-1986. Esta referencia y las cuatro siguientes en DPE, p. 39.

<sup>28</sup> Artículo 1, Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus de 19-2-1986.

<sup>29</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungen der Organisierten Kriminalität de 15-7-1999.

<sup>30</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten de 26-1-1998.

<sup>31</sup> Verbrechensbekämpfungsgesetz de 28-10-1994.

<sup>32</sup> Otra muestra bien clara de esto. Al explicitar los caracteres definitorios del Derecho penal del enemigo, alude Jakobs a la función de combatir la delincuencia, toda y cualquier delincuencia, en última instancia: "paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también -con la pérdida de algunos contornos- delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, *así como* -abovedando todo- *la delincuencia en general*" (ACD, 59. El subrayado es nuestro).

Derecho penal del enemigo, sino un tipo de sujetos y actitudes frente a la normatividad social. Por eso puede Jakobs comparar y meter en el mismo cajón el terrorismo y los delitos sexuales o, más espectacularmente aún, el de tráfico de estupefacientes. No importa la entidad del bien protegido, porque en realidad no hay más bien protegido que el *statu quo*, la norma por el hecho de ser norma y con total independencia de sus fundamentos racionales. Todo lo que no sea obediencia ciega, con margen sólo para ocasionales errores o alguna caída aislada en la tentación, nos convierte en enemigos y nos despoja de los derechos como ciudadanos.

Creo, por tanto, que yerran quienes interpretan que Jakobs reserva el Derecho penal del enemigo para ciertos tipos muy especiales, difíciles o peligrosos de delitos. Por contra, aplica la categoría a determinadas clases de delincuentes, definidos por su actitud ante el sistema normativo y con independencia de cuál sea el delito al que propendan o en el que persistan. Por eso es Derecho penal de autor<sup>33</sup> y lo es, además, con un tremendo potencial expansivo. Simplemente sucede que en los casos de la "parte especial alemana" que Jakobs suele citar, estamos ante supuestos en que el sujeto revela una determinada actitud o modo de vida, y es esa actitud o modo de vida, y no el delito en sí, lo que lo hace enemigo<sup>34</sup>.

Que el enemigo no es un ente homogéneo, sino que abarca una escala, queda patente, creo, en el siguiente párrafo:

"Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil (...) en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización -la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden" (DPE, p. 41).

<sup>33</sup> Cfr. M. CANCIO MELIÁ, "¿<<Derecho penal>> del enemigo?", cit., pp. 100 ss.

<sup>34</sup> Después de la enumeración que acabamos de referir, explica Jakobs que se pretende "combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir(...)) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona" (DPE, pp. 39-40. Idénticamente, SS, p. 42).

Así que dos son las fuentes de peligrosidad que hacen a un sujeto acreedor de la consideración de enemigo: reiteración u oposición a la legitimidad del ordenamiento jurídico. Y entre las dos hay una diferencia de grado en la "enemistad" y en el consiguiente merecimiento de privación de los derechos como ciudadano.

Si a Jakobs le interesa mantener esa especie de escala es para diferenciar entre distintos tipos de enemigos en función de su aptitud y su actitud para retornar a la obediencia que define al ciudadano. Por eso rechaza la abrupta bipolaridad de los que considera sus precursores, como Rousseau o Fichte<sup>35</sup>, ante la que puntualiza que

"En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho Penal. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho" (DPE, p. 28).

Tenemos, pues, que el delito nunca puede ser una opción de conciencia, por ejemplo, o la afirmación de la propia personalidad frente a las imposiciones colectivas y aunque sea a costa de asumir la sanción, sino que cuenta siempre como un error que se ha de (poder) rectificar si no se quiere, en caso contrario, hacerse merecedor de la etiqueta de enemigo y perder todos los derechos. Pero hay más. Como se trasluce de la última parte del párrafo recién citado, dado que las obligaciones son el fundamento de los derechos en esta concepción del sistema, sistema que no es garantía de libertad sino organización de la obediencia, los derechos del delincuente se mantienen mientras le queden obligaciones que cumplir<sup>36</sup>. Si nada tiene o nada debe, ya no restará inconveniente para despojarlo de la juridicidad, de la condición de ciudadano con derechos.

<sup>35</sup> "Para Rousseau y Fichte todo delincuente es *de por sí* un enemigo" (DPE, p. 29).

<sup>36</sup> Espectacular a este respecto el párrafo contenido en SS, p. 43: "la despersonalización afecta solamente, como se ha destacado, a lo que tiene que ver con el posible mal uso de la libertad. En lo demás permanece intocada la personalidad jurídica; por ejemplo, el delincuente sujeto a aseguramiento mantiene su derecho a la integridad corporal, su propiedad y debe pagar impuestos". Muchas veces repite Jakobs que el "enemigo" retorna al estado de

Es decir, tal supresión de derechos requiere el previo cobro de todas las deudas, pues los “animales” no son deudores, sólo las personas. A Jakobs la asimilación de todo delincuente a enemigo no le preocupa porque sea fuente de injusticia o exceso, sino porque supone negarle la posibilidad de retornar a la sumisión<sup>37</sup> y porque dificulta la reparación del daño que causó. Pero si ya reparó y no quiere retornar al redil, entonces sí que no habrá ya motivo para seguir tratándolo como ciudadano.

Naturalmente, y puestas así las cosas, la diferencia en el grado de “enemistad” repercute en diferente propensión también a regresar a la obediencia e integrarse entre los buenos ciudadanos sumisos, y por esta razón puede el Derecho penal de enemigo contener también una escala de medidas “proporcionales” a la maldad del enemigo de turno. Y esa escala tiene su punto más alto en el modo de tratar a los terroristas cuestionadores del fondo del sistema, para los cuales puede regir una privación absoluta y total de derechos y garantías. De ahí que Jakobs apruebe Guantánamo<sup>38</sup>.

#### 4. ¿Qué se puede hacer con el enemigo?

La cualidad de enemigo no es alternativa a la de delincuente, sino que se suma a ella. Por eso el enemigo puede ser también delincuente, si bien delincuente con menos garantías y derechos, o sin garantías y derechos. Leamos un nuevo párrafo de Jakobs:

“No se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente es inadecuada” (DPE, pp. 41-42).

Es al Estado al que le quedan las opciones de dar al enemigo el mero trato de delincuente y aplicarle simplemente el Derecho penal de

naturaleza por su propia obra (así mismamente en SS, p. 43)., pero se ve que de vez en cuando tiene que regresar de él para cumplir con el fisco.

<sup>37</sup> Por eso, se siente JAKOBS más próximo a HOBBS y KANT que a FICHTE y ROUSSEAU. Vid. DPE, pp. 29 ss.

<sup>38</sup> Cfr. SS, p. 44.

ciudadanos, o añadirle el plus de otras formas de represión o inocuización<sup>39</sup>. Y el Derecho penal no debe ser, según se ve, cortapisa para esa libertad del Estado. El Estado tiene derecho a tratarlo como delincuente y aplicarle el Derecho penal de ciudadanos, si quiere y en la medida que quiera. Es el enemigo el que no tiene derecho a exigir tal tratamiento y con ello, sus limitaciones y garantías.

Lo mismo que rige para los enemigos con el Derecho penal sustantivo, vale también en el caso del Derecho procesal penal. Al hablar de esta parte deja ver Jakobs de nuevo que no hay una cesura entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, pues aquél está trufado de elementos de éste<sup>40</sup>, que se manifiestan cuando el ciudadano tipo, que es el ciudadano manso, se toma peligroso. Para el primero rigen los contenidos del debido proceso, “el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§136 a StPO)” (DPE, p. 44). Se supone, pues, que esta prohibición de tentación, engaño o coacción deja de regir para el individuo peligroso, el enemigo, y por eso la propia normativa procesal admite, según Jakobs, la prisión preventiva o la custodia de seguridad. Y añade:

<sup>39</sup> Aunque soy poco amigo de las comparaciones precipitadas de las tesis de JAKOBS con las propuestas y practicadas bajo el nazismo (y ello, entre otras cosas, porque creo que deberíamos acostumbrarnos a mencionar también las prácticas similares de STALIN, MAO, etc., y en un orden de menor intensidad, pero no menos significativo, FRANCO, PINOCHET, VIDELA, CASTRO y tantos otros; este tipo de bienintencionada *reductio ad Hitlerum* acaba por dejarnos inermes frente a otros peligros, a veces más cercanos en el tiempo o el espacio), no puedo dejar de asociar esto con la habilitación que el Estado nazi daba a la Gestapo para esperar en la puerta de la cárcel a los presos que salían después de cumplir su condena y conducirlos a un nuevo internamiento, éste sin procesos ni normas, en campos de concentración.

<sup>40</sup> Esta no separación, sino mezcolanza, de Derecho penal ordinario y Derecho penal del enemigo la ha resaltado muy bien ZAFFARONI: “la separación de ambos *derechos penales* es impracticable, desde que el propio Jakobs reconoce que se trata de una polaridad y que un componente de derecho penal del enemigo existe incluso en las penas más comunes. En el mejor de los casos, sólo podrían separarse los supuestos muy notorios, manifiestos o declarados, o sea que la separación dependería de una cuestión de grado que no garantiza que se evite la contaminación. Por otra parte, históricamente el derecho penal autoritario siempre se instaló como *excepción* y luego se *ordinarizó*” (E.R. ZAFFARONI, “¿ES posible un derecho penal del enemigo no autoritario?”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, p. 1089).

“Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho -ésta ni oculta pruebas, ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esta medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§81a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (§100a StPO), otras investigaciones secretas (§100c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§110a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado” (DPE, 45).

Así que vemos que el tránsito entre el ciudadano y el enemigo es fluido y que todo ciudadano puede en un momento dado adquirir ribetes o elementos de enemigo y, “en esa medida” -como se dice en la cita inmediatamente anterior-, pierde sus derechos procesales a no padecer coacción o engaño. Apréciense de qué manera sutil adquieren nuevo fundamento medidas procesales como las mencionadas. Prisión preventiva, investigaciones secretas, intervención de las telecomunicaciones, etc.: dejan de ser instrumentos justificados en una mejor defensa de los derechos de las víctimas o en el interés general en el mantenimiento del Derecho y pasan a ser retribución que se aplica al “malo” por su criticable actitud de no someterse plenamente a las normas y de intentar defenderse por todos los medios. Conviene insistir en esto, en que no necesariamente tienen que ser vistos como enemigos los procesados para los que el sistema procesal permite, como excepción, que se decrete prisión provisional o intervención de las comunicaciones, por ejemplo. Es el nuevo fundamento que Jakobs aporta, basado en la actitud de sumisión o resistencia ante las normas vigentes, el que determina tal condición. Mas esto sería un problema menor y puramente nominal si no fuera por las ulteriores consideraciones que Jakobs pretende extraer, otra vez mediante la distinción entre algo así como una parte general y una parte especial del Derecho procesal penal del enemigo. Quiero decir que las excepciones que la ley procesal contempla para los casos aludidos no agotan las posibilidades del Estado de vulnerar los derechos procesales de los resistentes tildados de enemigos; es decir,

los ejemplos que el Derecho positivo recoge no son más que supuestos de lo que sería un permiso general al Estado para saltarse los derechos procesales de tales individuos<sup>41</sup>. Y de ahí que, aunque ninguna norma procesal lo permita, o incluso aunque lo prohíba, puede estar justificado el encierro sin juicio, la coacción y hasta la tortura<sup>42</sup> para esos individuos, pues en su condición de enemigos ya no son titulares de derechos, tampoco los procesales, y sólo recibirán aquellos que el Estado en cada caso quiera otorgarles, en función de la conveniencia del propio Estado, que es la conveniencia de la sociedad a la que defiende, pero ya no serán derechos suyos, derechos de sujeto, derechos subjetivos.

Bien se aprecia que las cosas son así cuando oímos a Jakobs justificar que cuando se está ante enemigos extremos el Estado no está sujeto a los límites ni al carácter tasado que la ley dispone para ciertas excepciones de los derechos procesales:

“Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento -y sólo hasta

<sup>41</sup> Como bien observa Díez RIPOLLÉS, “es, sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en el que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos. Y no sólo a través de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva (...), sino también mediante una panoplia de propuestas que desmontan sin contemplaciones el derecho penal garantista: facilitación de controles corporales, de intervención en las comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los períodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida, etc.” (J.L. Díez RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, pp. 23-24). Un énfasis similar en las dimensiones procesales como esenciales del Derecho penal del enemigo hace GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 693 ss.

<sup>42</sup> Cfr. H. BRUNKHORST, “Folter vor Recht. Das Elend des repressiven Liberalismus”, en *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1, 2005, pp. 75 ss, esp. 77-78.

el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros -¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?- muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra" (DPE, p. 46).

No hay límite, y ni siquiera lo es la muerte de inocentes. Todo por la seguridad, nada contra la seguridad<sup>43</sup>. ¿Mas la seguridad de quién? Del Estado, que se ha revestido definitivamente, en Jakobs, de las notas del Estado ético hegeliano<sup>44</sup> y que, como tal, es representación empática (más que democrática, pues de democracia no se habla nada) de todo el conjunto social y supremo y único titular de los derechos, que reparte como premio a los obedientes y niega como castigo a los insumisos, y radicalmente a los que más se le oponen. Ya no hay más razón que la razón de Estado<sup>45</sup>.

Pero a Jakobs le preocupa que el Estado no afine lo suficiente a la hora de discernir entre amigo y enemigo, lo cual puede llevar a un daño social derivado de que se excluya al obediente, con lo que el mensaje ratificador de la obediencia perdería eficacia y los sumisos se sentirían inseguros y podrían caer en la tentación de rebelarse. Así, le inquieta que se tipifiquen los actos preparatorios de un delito, de forma que la planificación de "un simple robo" pueda merecer castigo, con el consiguiente adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior al de la comisión del robo. Tal anticipación, sí estaría justificada y hasta es debida en el caso del enemigo (por ejemplo cuando se trata con terroristas<sup>46</sup>, con traidores (*Hochverräter*)<sup>47</sup> o con "otros enemigos principales del ordenamiento

<sup>43</sup> La consecuencia la saca MUÑOZ CONDE: «Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo» (F. MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», en *Nuevo Foro Penal* -Medellín, Universidad Eafit-, septiembre-diciembre, 2003, p. 32).

<sup>44</sup> Vid. al respecto, E. PRIETO NAVARRO, «Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt», inédito, p. 14.

<sup>45</sup> Como dice MUÑOZ CONDE, «En definitiva, la <<razón de Estado>>, que es lo que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho penal» (F. MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», cit., p. 29).

<sup>46</sup> Incluso con «terroristas» que no han cometido aún ningún acto de terrorismo, con lo que queda en el aire la cuestión de con qué base merecen tal calificativo y el consiguiente tratamiento de enemigos.

jurídico<sup>48</sup>) pero aplicada también al ciudadano obediente, que simplemente está incurriendo en el error puntual de pensar en delinquir una vez, lleva a la pérdida de la línea de demarcación entre ciudadanos y enemigos, línea trazada por las intenciones y actitudes subjetivas. Por eso critica ciertas presencias de Derecho penal del enemigo en la vigente legislación penal alemana: no porque así se introduzca un Derecho penal del enemigo, sino porque se introduce mal, sin el debido criterio<sup>49 50</sup>. No le molesta a Jakobs nada de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de legislación antiterrorista o de persecución de la delincuencia organizada, sino cosas tales como que alguna de las medidas ahí justificadas se le pueda aplicar a un probo ciudadano, como ocurre con la citada punición de los actos preparatorios de cualquier delito. Sólo merece ser castigado por su preparación el malo que no busca el delito por error, debilidad o puro despiste<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> SS, p. 46.

<sup>48</sup> SS, p. 46.

<sup>49</sup> Refiriéndose al delito contra la seguridad pública, introducido en 1943, y a la consiguiente punición de actos preparatorios, dice Jakobs que «el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada, sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro; dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas -adversarios por principio- puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de *cualquier* delito, por ejemplo, un simple robo» (DPE, pp. 49-50. Similarmente, SS, pp. 45-46).

<sup>50</sup> Parece que cuando en 1985 introduce Jakobs por primera vez esta noción de Derecho penal del enemigo lo hace con propósito de oponerse a esa praxis que identifica en ciertas normas que adelantan la punibilidad. No obstante, es este asunto del sentido de aquel primer escrito de 1985 un tema debatido en la doctrina (vid. por ejemplo C. PRITTWITZ, «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa de Derecho penal?», en S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.) y V. GÓMEZ MARTÍN (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 107 ss.). Objeto de análisis cuidadoso deben ser afirmaciones como las siguientes, contenidas en aquel trabajo de JAKOBS: «todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo de autor. En la medida en que rige el principio de *cogitationis poenam nemo patitur*, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationes*» (G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en DEL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Civitas, 1997, p. 295).

<sup>51</sup> Coincido con CANCIO: «en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo (...) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen

Para acabar con esta parte referida a qué se puede hacer con el enemigo, creo que hay que subrayar lo que me parece más preocupante, como es que a falta de límites jurídicos, límites excluidos al menos para los casos más graves, como son los de terrorismo, no hay más límites que los límites fácticos: cabe todo lo que sirva para “desactivar” el peligro que un sujeto por sus actitudes -reales o presuntas- representa y para acabar con el riesgo derivado de que tal individuo “no ofrece garantía de un comportamiento personal” (DPE, p. 56). Ya sabemos que para esos casos bendice Jakobs incluso la eliminación física, asumiendo también las muertes de inocentes que se deriven como daños colaterales. Creo que un simple razonamiento *a fortiori*, de tipo *a maiore ad minus*, llevará a admitir que cualquier otro medio está igualmente justificado conforme a esa regla, que no se atiene a Derecho, sino a la pura conveniencia táctica y estratégica: desde la tortura hasta las técnicas terapéuticas más agresivas y “despersonalizadoras”. Aunque aquí, paradójicamente, se trataría de técnicas que, al anular la psicología individual del delincuente, harían retornar su “personalidad” jurídica y social, ésa que sólo poseen los sumisos.

Sentado que es el Estado el titular último de los derechos y el responsable de la seguridad de los ciudadanos, queda a la prudencia del Estado la administración de los medios, el juicio sobre el grado de peligrosidad del enemigo y el consiguiente “tratamiento” que para cada enemigo se recomienda. En última instancia, la distinción capital es entre recuperables e irrecuperables. A más convencido un delincuente, más irrecuperable y más peligroso como enemigo.

“Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa a ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso la acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad *potencial*, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser

con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de <<enemigos>> en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término» (M. Cancio Mellá, «¿<<Derecho penal>> del enemigo?», en G. JAKOBS, M. CANCIO MELLÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 87).

siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el derecho penal de enemigos (...) también se trata de la defensa frente a agresiones futuras” (ACD, p. 58).

Comprobamos, por tanto, que si no se puede hacer cualquier cosa al enemigo no es porque éste posea derechos que presenten a la acción del Estado límites infranqueables, sino porque se le debe dar la oportunidad de retornar al redil mientras no esté definitivamente perdido. Eso sí, si está definitivamente perdido para la causa de la obediencia, el Estado ya no tiene rémora ni traba alguna para combatir su maldad. Y el juicio sobre si un enemigo es recuperable, y en qué grado, o si está definitivamente perdido para la integración entre la gente de orden, es un juicio prudencial del Estado y a él solo compete.

Esto último nos aboca al interrogante sobre cómo y con qué garantía se sabe quién es enemigo. Acabamos de decir que es el juicio prudencial y desvinculado del Estado el que determina quién es enemigo y en qué medida, pues también hemos visto que hay una escala que va del pequeño enemigo, que es casi cualquier autor de un delito mínimamente grave y doloso, al gran enemigo, representado por delincuentes organizados -y especialmente, al parecer, por productores y traficantes de drogas- y al grandísimo enemigo, que es el terrorista, real o potencial. La importante pregunta que queda en el aire es la de cuál sea el baremo o regla con que haya el Estado de realizar ese cómputo de peligrosidad del que depende que se sea enemigo y cuánto de enemigo. Aquí nos aguarda una nueva sorpresa, pues, según Jakobs, el criterio es el temor: cuanto más temible se te vea, más enemigo resultas:

“Indagando en su verdadero concepto, el derecho penal de enemigos es, por lo tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo” (ACD, p. 61. El subrayado es nuestro).

Repárese en que tal vez no es inocente la expresión, y no se dice “cuánto de temible sea el enemigo”, lo cual parecería aludir a algún parámetro mínimamente objetivo de evaluación, sino que se dice “cuánto se tema al enemigo”, y esto más bien suena a la suprema habilitación del Estado para convertir en regla dirimente los meros temores de sus operadores, contagiados o no de posibles histerias sociales o urgidos, por qué no, por aglutinar a las masas bajo el odio dirigido a un enemigo, real o de paja. Y, de nuevo, la sola manera de evadirse de este escepticismo que nos asalta sería creer, como *tal vez* en el fondo cree este Jakobs de los últimos tiempos, que la razón de Estado es expresión suprema de la Razón.



5. De nuevo, y para concluir, sobre la función del Derecho penal

Ya antes se aludió a que con la introducción del Derecho penal del enemigo ya no puede Jakobs mantenerse en la función que al Derecho penal antes le asignaba, la de ser tanto la norma como la pena comunicaciones que estabilizan contrafacticamente expectativas normativas. Y vimos también que tiene que introducir elementos de prevención negativa, desde el momento en que el delincuente ya no es algo así como el pretexto que el sistema usa para reafirmar la vigencia de la norma y la identidad normativa de la sociedad<sup>52</sup>, sino que es la persona del delincuente, su "personalidad" subjetiva, lo que se convierte ahora en centro.

La clave de todo esto está en el adelantamiento de las barreras de la punibilidad. En efecto, para que funcione el esquema comunicativo con que antes justificaba Jakobs la pena, tenían que darse las siguientes condiciones: a) una norma que establezca un patrón de conducta, previendo una sanción

<sup>52</sup> Decía antes JAKOBS que la pena se impone a costa del delincuente (véase, por ejemplo G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997. Mi interpretación de su teoría de la pena en la fase anterior a su adopción del Derecho penal del enemigo puede verse en J. A. GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», en el mismo, *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 250 ss. -antes en *Doxa*, nº 23, 2000-). Sigue insistiendo en tal idea, pero ahora resalta que la pena ya no tiene sólo ese componente expresivo, sino que se justifica también en un deber de resarcimiento por el daño causado a la vigencia de la norma (vid. NDJ, p. 52). La vigencia de la norma, y por extensión el orden social, se va pareciendo cada vez más a un «bien jurídico» y va perdiendo el anterior tinte luhmanniano. La funcionalidad de la pena ya no es tanto para un sistema social luhmanniano como para una comunidad hegeliana. Además, parece que JAKOBS piensa que ese daño que se ha de resarcir es objetivo u objetivable, y no puro constructo normativo también. Un párrafo que quizás se puede interpretar en el sentido que acabo de apuntar, como salto a la idea del orden colectivo como bien jurídico: «la idea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otras personas, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes» (NDJ, p. 61). O sea, que no es el contenido de los derechos en sí lo que debe protegerse, es decir, los bienes sobre los que los derechos recaen (como diría la teoría clásica del bien jurídico), ni tampoco la pura vigencia de la norma como comunicación de pautas (como decía el primer JAKOBS, siguiendo al LUHMANN), sino el orden social constituido mediante los derechos, cualesquiera derechos, pues no importan tanto éstos como el orden comunitario en sí. Quizá desde ahí se explica el papel que JAKOBS asigna a la idea de solidaridad en las páginas siguientes (NDJ, pp. 61-63) a las que acabamos de citar.

para su incumplimiento; b) una conducta que desatienda dicho patrón y lo vulnere; c) la imposición de la sanción, que ratifica el patrón normativo previo. Sin embargo, cuando lo que desencadena la acción "penal" no es un hecho, sino la mera posibilidad o probabilidad de tal, dadas las circunstancias o el modo de ser del sujeto al que se va a castigar, ya no se puede presentar la medida "penal" contra éste como contramensaje al que él emitió mediante su acción, pues si no hubo tal acción tampoco hubo mensaje. Así que si queremos mantenernos en el esquema comunicativo, la referencia ya no puede ser el tipo penal, como regla de conducta social, y su violación mediante un hecho, como propuesta de una regla alternativa. Las cosas cambian ahora y el esquema sólo puede ser el siguiente: a) existe un modelo de ciudadano, normativamente sentado, por cuanto que ciudadano es el que acata las normas; b) el ciudadano que no tiene la actitud debida de acatamiento actual o futuro de las normas es un contramodelo, encierra una propuesta de "ciudadanía" distinta; c) el castigo de tal ciudadano refuerza la vigencia no de las reglas, sino del modelo de ciudadano, pues las reglas son contingentes en sus contenidos<sup>53</sup>, en cuanto lo que importa es la actitud de sumisión de los sujetos. Enemigo es el que no se somete (no importa a qué norma, a qué contenidos normativos, fundados racionalmente o éticamente o no), y el "mensaje" que las "medidas" contra él mandan al conjunto de los ciudadanos es el de refuerzo del modelo de ciudadano, no de vigencia de las normas. Se le dice al ciudadano que si quiere seguir siendo persona y tratado como tal, en lugar de verse reducido al trato que recibe un animal, tiene que seguir siendo obediente.

Si esta interpretación es correcta, veríamos al Derecho penal del enemigo desempeñando una función de refuerzo, o tal vez de reemplazo, de los subsistemas sociales encargados de inducir en los ciudadanos las convicciones y creencias que les permitan vivir lo que socialmente se entienda como una vida buena y justa; de inducir ideología como creencias aglutinadoras, en suma<sup>54</sup>. El Derecho penal del enemigo se convierte así en

<sup>53</sup> Consecuencia de que no protegen bienes jurídicos concretos, cosas valiosas en sí, según JAKOBS.

<sup>54</sup> Véase el siguiente texto de JAKOBS, largo, pero extraordinariamente significativo: «Del enemigo, quien con sus acciones no ataca realmente la identidad social sino más bien la seguridad de los bienes, hay que distinguir al corruptor, el enemigo interno en contraposición al externo, por quien son puestos en entredicho los principios de comprensión normativa, y quien ataca, por tanto, la identidad normativa y, con ello -no la seguridad de los bienes, sino- la seguridad de las

reemplazo funcional de lo que en las sociedades homogéneas corresponde a la moral, la religión y la pedagogía<sup>55</sup>. Fracasados estos sistemas en su respectiva función, e incapaces, por tanto, de configurar el modelo de ciudadano que resulta necesario para la convivencia organizada y en orden, quedaría sólo la opción de reprimir por la fuerza al distinto. En otras palabras, puesto que el pluralismo social dominante y la eclosión de las diferencias ya no permite forjar en los individuos actitudes suficientemente coincidentes y convicciones básicamente compartidas, y dado que Jakobs parece pensar que sin tales coincidencias y sin una alta homogeneidad ideológica no hay sociedad posible, hay que usar las armas reservadas para las emergencias sociales, para los casos en que la integridad social está en juego, y esas armas son precisamente las armas de la fuerza. Si no estamos convencidos por las buenas de vivir en la sociedad mejor y bajo las normas más justas, habrá que forzarnos por las malas; y si persistimos en la desviación y la heterodoxia, si nos empeñamos en que las estructuras sociales básicas deben cambiar, si ejercemos una resistencia activa, ya no somos meros desobedientes a los que se pueda sancionar, sino simples obstáculos que hay que eliminar<sup>56</sup>.

valoraciones. En resumidas cuentas, el enemigo interno sostiene que aquello que se le presenta como algo sagrado no es sagrado, y lo que se presenta como profano no es profano. El panorama de conductas, en las cuales se trata siempre de interacciones simbólicas, abarca desde la difusión de medios de propaganda de organizaciones anticonstitucionales o la utilización de sus distintivos (§86 y 86a StGB), pasando por la difamación al Estado y sus símbolos (§ 90a StGB), la instigación popular (§130 StGB) la exaltación de la violencia (§ 131 StGB) y llegando hasta la recompensa o aprobación de hechos delictivos (§ 140 StGB) o la denominada <<mentira de Auschwitz>> (§ 194.I.2 y 3 y 194.II.2 y 3 StGB). En cierta medida no cabe duda de que en lo relativo a dichas conductas suelen articularse la obstinación política y la ignorancia absoluta, y, por esta razón, a los delitos mencionados no hay nada que objetarles como protectores de la juventud. Por lo demás, como parte del Derecho penal nuclear atestiguan una crisis de legitimación de la sociedad, un problema cuyo análisis sobrepasa con mucho la capacidad de la ciencia del Derecho penal y para cuya solución el aporte jurídico-penal podrá ser sólo marginal» (G. JAKOBS, «La ciencia del Derecho penal y las exigencias del presente», en el mismo, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 46-47).

<sup>55</sup> Al respecto vid. E. PRIETO NAVARRO, «Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt», inédito, p. 19.

<sup>56</sup> En esa base inmovilista y comunitaria de JAKOBS toma pie LUIS GRACIA para una muy pertinente crítica a JAKOBS: «Si los contenidos materiales de los órdenes ético-sociales son relativos y contingentes, de aquí tiene que resultar, a mi

Me parece que esa nostalgia de la homogeneidad que antes garantizaban los sistemas sociales “ideológicos”, nostalgia a la que se reacciona con la propuesta a la desesperada del Derecho penal del enemigo como salvador de la sociedad, así entendida más bien como comunidad (en el sentido de la distinción establecida por Tönnies), queda bien patente en párrafos de Jakobs como el siguiente, que me atrevo a calificar como tremendo:

“Si todo no conduce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multicolor de una cultura, o bien -y esa es la variante peligrosa- las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos *junto a* los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más” (ACD, p. 60).

Así que, sin religión de Estado, sin familia tradicional y sin uniformidad cultural, estamos destinados al caos, a retornar al estado de naturaleza sin remisión, salvo que el Estado nos salve a base de mano dura con los que no se sometan a la última trinchera que nos queda una vez que ha desaparecido, entre otras cosas, la religión de Estado: el Estado como religión. Por mucho que San Agustín y Santo Tomás coticen a la baja, siempre nos queda Hegel<sup>57</sup>. El problema es que de los riesgos del hegelianismo de derechas (y

juicio, que no puede ser admisible ninguna regulación jurídica de las relaciones sociales, de las instituciones sociales por medio de las que se canalizan aquéllas, así como tampoco de las estructuras jurídico-políticas del Estado, que imponga una determinada concepción del mundo, incluso deseada y compartida por una mayoría, que excluya a grupos de seres humanos, siquiera sea uno sólo, de la distribución de bienes, o que, en fin, imponga obstáculos, o no elimine los existentes, para un ejercicio igual de la libertad por todos y cada uno de los seres y de los grupos de seres humanos» (L. GRACIA MARTÍN, «El trazado histórico, iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, p. 482).

<sup>57</sup> Por cierto, de Luhmann ya no va quedando ni rastro en esta doctrina que retorna a una sociedad en la que la diferenciación (*Ausdifferenzierung*) de los

de alguno de izquierdas) ya sabe bastante la historia contemporánea. O a lo mejor se hace verdad nuevamente el *dictum* de Marx, en *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, de que la historia siempre se da dos veces, la primera como tragedia y la segunda como farsa.

#### Abreviaturas de las obras de JAKOBS más citadas

- ACD: JAKOBS, G., "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en: A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004 (coord. de la versión española F. MUÑOZ CONDE), pp. 53-63.
- DPE: JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en: G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56).
- NDJ: JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003.
- SS: JAKOBS, G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Padeborn, Ferdinand Schöningh, 2004.

## Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"

Prof. Dr. Luis Gracia Martín\*

### RESUMEN

En este trabajo, su autor lleva a cabo, en primer lugar, una descripción de los caracteres típicos del actualmente denominado Derecho penal del enemigo, así como también de los fines que le asignan sus defensores. A continuación, realiza una breve exposición del anclaje histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo desde la sofística griega hasta la filosofía moderna, con lo que pone de relieve que el tratamiento penal diferente de los enemigos es una constante histórica. Tras la exposición del paradigma en torno al cual se construye el Derecho penal del enemigo, que consiste en la negación de la condición de personas a determinados individuos, el autor concluye con un rechazo de aquél a partir de la idea de que el destinatario del Derecho penal es el hombre empírico y no la persona normativa, y de la consideración de que tales regulaciones no son compatibles con la exigencia del respeto a la dignidad humana.

\* Catedrático de Derecho penal, Universidad de Zaragoza.

Abreviaturas utilizadas: art. = artículo; AT = Allgemeiner Teil; Cap = capítulo; coords. = coordinador/es; CPC = Cuadernos de Política Criminal; dir. = director/a; Ed. = Editorial; ed. = edición; eds. = editores; GA = Goltdammers Archiv; JpD = Jueces para la Democracia; JZ = Juristenzeitung; Lib. = Libro; N. = Número; n. = nota; p. = página; pfo. = párrafo; PG = Parte General; pp. = páginas; PJ = Poder Judicial; RP = Revista penal; RDPC = Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC = Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recpc>; s.f. = sin fecha; ss. = siguientes; StV = Strafverteidiger; t. = tomo; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(sub) sistemas sociales se ve reemplazada por el monopolio en todos los frentes de un discurso "comunitario" único, que el Derecho protege. Porque, como ya he sostenido en algún escrito anterior, y por mucho que les pese a los que cargan a Luhmann con la injusta responsabilidad por el posible autoritarismo de Jakobs, la culpa no está en Luhmann, sino en Hegel; o al menos en determinada lectura de Hegel.