

# El Derecho Penal del Enemigo: Un modelo a Desarmar

(Las Inconsistencias del Desacoplamiento Estructural  
entre Política Criminal y Derecho Penal)\*

Prof. Dr. Julio F. Mazuelos Coello\*\*

*A través del presente artículo, el Dr. Julio Mazuelos nos introduce al estudio del Derecho Penal; identificando las estructuras, los sistemas funcionales, las personas, el bien jurídico protegido y la pena del derecho penal del enemigo involucra. Define quien es el ciudadano y quien es enemigo como paso fundamental y previo a la introducción del ámbito jurídico penal. Nos explica lo que el derecho penal comprende como política criminal del enemigo, concepto que se desarrolla en amplitud a lo largo de estas interesantes líneas.*

*Para comprender sus perspectivas y sus ideas, muchas de ellas fuertemente influenciadas por JAKOBS, las siguientes líneas le brindaran un nuevo enfoque del ámbito penal.*

## I.- Introducción

La denominación y la problemática que pretende abarcar el Derecho penal del enemigo no resultan ajenas para el investigador latinoamericano, ya los trabajos de ZAFFARONI<sup>1</sup>, GARCÍA MÉNDEZ<sup>2</sup>, entre otros autores, denunciaban la existencia en el hemisferio de un Derecho penal inspirado bajo un modelo autoritario y cuya actuación se trata de un mero ejercicio del poder, tan deslegitimado como la guerra<sup>3</sup>, aunque presente con distintas denominaciones, la más usual: Derecho penal de la seguridad nacional.<sup>4</sup> Todas estas formulaciones de un Derecho penal de corte autoritario tuvieron en común su original inspiración en un mundo marcado por la bipolaridad: occidente y oriente, que dio pie en los años 70' en América Latina a la doctrina de la

seguridad nacional. Tomaré como pauta de referencia el Perú, advirtiendo que su caso, en gran parte, puede ser trasladado a otros países del hemisferio.

Más allá de este clima autoritario vivido en el continente en la referida década, en el Perú la década de los años 80' se caracterizó por la construcción de un enemigo vinculado al narcotráfico, el llamado problema de la droga abarcó la preocupación del legislador.<sup>5</sup> Se llegó a magnificar un peligro social existente, se lo extrae de contexto, se absolutiza la respuesta penal frente a dicho peligro y se engendra la guerra contra las drogas.<sup>6</sup> En ella se identifica como enemigo del sistema al drogadicto y al narcotraficante, instaurándose un Derecho penal de la persecución, pues se genera la ampliación en extremo de la tipificación de las conductas bajo la

\* Ponencia presentada en el «V Seminario Internacional sobre Filosofía y Derecho Contemporáneo: El Funcionalismo Penal en la Sociedad Moderna», organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, realizado en Bogotá los días 31 de mayo, 1 y 2 de junio de 2006.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona/España. Profesor, Universidad Femenina Sagrado Corazón. Abogado Socio fundador Estudio Mazuelos.

1 Véase: ZAFFARONI, *Muertes anunciadas*, Bogotá, 1993, pp.10 y ss., refiriéndose a aquellas muertes que en forma masiva y normalizada causa la operatividad violenta del sistema penal, principalmente en los países de América Latina.

2 Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y Control Social*. Argentina, Uruguay y Chile, Buenos Aires, 1987, passim.

3 Cfr. ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, 1993, p.53.

4 Cfr. ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, ob. cit., p.133.

5 Es clarificante el comentario de NEUMAN, cuando indica: «Desde que quedó legitimado que todo lo atinente a la droga es delito, el control social criminalizador domina el espectro. Internacionalizando el problema, se suceden en los Estados Unidos ideas, no ya sobre el enemigo interno (década de los años 70), sino sobre el peligro del «enemigo externo». A su conjuero, con rara simultaneidad, los países del ámbito latinoamericano van promulgando leyes especiales o modificando las que tienen para hacerlas más amplias y graves en cuanto a su penalidad, (...)»; véase NEUMAN, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, 1991, p. 65

6 En este sentido, ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, ob. cit., p.135.

lógica de que todo usuario de un tóxico prohibido es un dependiente y todo dependiente comete delitos.<sup>7</sup>

Unido a ello el fenómeno terrorista intensificó la violencia en el país y, a partir de ahí, se amplió el espectro del enemigo, se descubrió al narcoterrorista.<sup>8</sup> El enemigo ya no era sólo aquel que traficaba con drogas, sino que además financiaba la subversión, ni lo era aquel terrorista alzado en acciones violentas, sino que además era abastecido económicamente por el narcotráfico, actividad a la que se dedicaba a brindar «seguridad». Para ello resultó de utilidad la denominación de «narcoterrorista» como expresión de la simbiosis de dos fenómenos sociales mirados bajo el mismo lente, todos ellos: enemigos del orden social.

Ejemplo legislativo de la identificación de un Derecho penal en guerra contra el enemigo podemos encontrarlo en el Perú en la configuración del denominado delito de traición a la patria, creado sobre la base del delito de terrorismo, pero integrado en tres modalidades específicas: ser integrante del grupo dirigencial de la organización terrorista o integrante de grupos armados, la utilización de armas de guerra en la producción de la muerte o lesiones graves de personas y el almacenamiento o posesión ilegal de material explosivo o de sus insumos para ser empleados en dichos actos; castigándose el hecho con la pena de cadena perpetua.<sup>9</sup> Lo grave de esta legislación radicó en que el supuesto de hecho típico comprendido en el tipo penal del delito de traición a la patria se identificó plenamente con las modalidades contenidas en el tipo básico del delito de terrorismo, generándose una duplicidad de la incriminación, lo cual había dejado una insostenible discrecionalidad al Ministerio Público y a la instancia judicial sobre la pena aplicable (cadena perpetua), el juez competente (jurisdicción militar) y el proceso a seguirse (sumarísimo), lesionándose el principio de legalidad penal<sup>10</sup> y el derecho a un juez natural, entre otros. Se equipara al terrorista con el «enemigo exterior»: traidor a la patria. Lo que trajo problemas más allá de su legalidad, al condenarse a ciudadanos chilenos por este delito, quienes aducían que el Perú no era su patria y, en consecuencia, no podían ser considerados autores.

Años después desprovisto el terrorismo de la fuerza militar e ideológica, cayó también el enemigo del sistema, por otro lado resultó difícil volver a tomar al narcotraficante como enemigo del sistema en los términos inicialmente concebidos, ya que éste había perdido los niveles de peligrosidad mostrados en las décadas pasadas por el narcoterrorista, luego surgió la necesidad de «construir» un nuevo enemigo del sistema.

Se decidió, entonces, impulsar la idea del criminal violento, los asaltos con armas militares, secuestros a gran escala y asesinatos de empresarios. Esto es, un enemigo autor de crímenes gravemente violentos, dirigidos a la obtención de un provecho económico, que tiene como víctima a sectores pertenecientes a las clases altas de la población. La configuración de un enemigo social de personalidad violenta y de una actitud permanente contraria al orden social, provisto de un elevado desinterés por el prójimo ha sido la constante de la legislación penal en los últimos años.

Con este breve recuento de la identificación de larga data de enemigos del sistema, se quiere sentar la base de que un Derecho penal del enemigo no ha sido ajeno en nuestro continente en los últimos 50 años.

Identificado el grupo de personas objeto de incursión de un Derecho penal de corte autoritario en nuestro continente, pasemos a revisar los lineamientos generales que permiten identificar actualmente un Derecho penal del enemigo.

Como premisas a ser desarrolladas, intentaré fundamentar que antes que un Derecho penal del enemigo existe una política criminal del enemigo, que la idea de persona en Derecho ha de seguir operando en el ámbito de un ordenamiento jurídico penal excepcional (o de enemigos), que junto a la idea de garantizar la vigencia de la norma se adhiere otra función del Derecho penal del enemigo: garantizar la seguridad cognitiva de los ciudadanos como presupuesto de la vigencia de la norma, y, por último, que lo que reconocemos hoy como Derecho penal del enemigo es producto de un desacoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico. Y que, en definitiva, la identificación del Derecho penal del enemigo lo que permite es distinguir que en la sociedad hay determinados delitos funcionales para su conservación, en base a ello la pena persigue únicamente la reafirmación de la vigencia de la norma y requiere del delito para la constatación real de la norma; mientras que otros delitos (en los que se define a su autor como enemigo) resultan disfuncionales para la propia conservación de la sociedad, por lo que se requiere la «eliminación» del autor, la pena se asegura de ello. Esta última observación permite, como veremos, apreciar una marcada aproximación del planteamiento de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo con la teoría estructural funcionalista de la anomia de DURKHEIM.

7 Son claras las alusiones a esta persecución bajo la denominada guerra de la droga en los trabajos críticos de los años 80' en ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, ob. cit., p. 137.

8 Cfr. DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, 1988, p.7. También en NEUMAN, *La legalización de las drogas*, ob. cit., p. 93.

9 Una revisión crítica de esta legislación se encuentra en SILVA SERNAQUÉ, *Control social, Neoliberalismo y Derecho penal*, Lima, 2002, pp.364 y ss. La doctrina nacional concibe que es a partir del autogolpe de Fujimori en 1992 y la promulgación de la Constitución de 1993 los hechos centrales que facilitaron la transformación de la legislación penal y la instauración de un Derecho penal del enemigo en nuestro país, al respecto véase: LANDA, *Estado constitucional y terrorismo en el Perú*, en: LOSANO/MUNOZ CONDE (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. «Cedant arma togae»*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Valencia, 2004, pp.431-459, p.431.

10 Así lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero de 2003, al declarar la inconstitucionalidad de la calificación que se había hecho del delito de traición a la patria.

## II. La Identificación de un Derecho Penal del Enemigo

El discurso actual sobre el Derecho penal del enemigo ha sido puesto de relieve por el penalista alemán Günther Jakobs inicialmente en base a su confrontación frente a un Derecho penal del ciudadano, pero ambos como partes de un solo contexto jurídico penal.<sup>11</sup> El desarrollo de JAKOBS por identificar el Derecho penal del enemigo como tal, es impedir precisamente su superposición con el Derecho penal del ciudadano, evitándose así una aplicación del primero en ámbitos que no le son propios.<sup>12</sup>

No me ocuparé de los antecedentes políticos, iusfilosóficos y sociológicos de los que parte JAKOBS en su formulación, ya que sólo ello tomaría mucho más espacio del que aquí se me ha concedido. Se puede advertir, no obstante, que todos ellos tienen en común la necesidad de la instalación de una permanente segregación social a partir de la diferenciación entre ¡amigo! y ¡enemigo!

“(...)el Derecho penal  
del enemigo «optimiza»  
la protección de bienes  
jurídicos, a diferencia  
del Derecho penal del  
ciudadano que optimiza las  
esferas de libertad”

JAKOBS observa tres características centrales del Derecho penal del enemigo: incremento del ingreso del Derecho penal a lo que podría llamarse una fase previa al hecho, incremento del nivel punitivo de las penas y disminución o supresión de las garantías procesales reguladoras de la intervención penal. Ello ha alertado seriamente a la doctrina, al punto de denominar al modelo del Derecho penal del enemigo como una «*potencia diabólica*», en la medida en la que expande las excepciones a las garantías penales difuminando la seguridad jurídica con la que debe intervenir el Estado, lo que, en definitiva, expresaría que sólo para el ciudadano y no para el enemigo rige el principio del debido proceso.<sup>13</sup>

Desde una concepción tradicional del Derecho penal basada en la función de protección de bienes jurídicos,

no existirían mayores diferencias entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo, ambos protegen los mismos bienes jurídicos<sup>14</sup>, por lo que para quienes asumen esta concepción el análisis no ha de partir del objeto jurídico de protección en sí, sino de la manera en que éste es vulnerado por el agente. Pues, desde la función de protección de bienes jurídicos, como advierte JAKOBS, el Derecho penal del enemigo «optimiza» la protección de bienes jurídicos, a diferencia del Derecho penal del ciudadano que optimiza las esferas de libertad.<sup>15</sup>

Ahora bien, en opinión de este autor, el Derecho penal del enemigo no estaría en función de la vigencia de la norma, sino en la lucha contra los peligros. Luego, desde ya se puede advertir que la pena a ser aplicada en el contexto del Derecho penal del enemigo no representaría, entonces, una reacción contrafáctica frente al delito, sino mera violencia o coacción, o neutralización. Sobre ello volveremos más adelante.

Es posible identificar en nuestro ordenamiento jurídico el desarrollo de un modelo de Derecho penal que muestra una tendencia permanente hacia un alejamiento de los parámetros garantistas respecto de determinados delitos, no sólo en un aspecto sustantivo a través de la incriminación de nuevas figuras delictivas, sino también en el plano procesal a través de la flexibilización de los mecanismos de actuación del propio sistema penal. En este sentido, se ha de tener presente que esta construcción legislativa de un modelo penal recortado de garantías no es producto de una teoría penal en concreto, como recientemente se ha manifestado críticamente un sector de la doctrina contra el modelo funcional sistémico elaborado por JAKOBS, sino que obedece a una tendencia que siempre ha estado presente en nuestro marco legislativo. A ella he hecho referencia al inicio de este trabajo.

Confrontándose el clima de violencia vivido en el continente en las décadas pasadas, la actual identificación de un Derecho penal del enemigo, permite sostener que situaciones de violencia estructural o paramilitar, como el caso de las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, intervenciones de grupos para militares, serían fenómenos ajenos al Derecho penal del enemigo, ya que en todos ellos no tiene lugar la intervención del sistema penal en términos convencionales ni un proceso penal por más antigarantista que éste sea. Se trataría, entonces, de una actividad perversa del Estado cuando tales prácticas son llevadas a cabo por agentes estatales

11 En este sentido, JAKOBS, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en: JAKOBS y CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, 2003, pp.19- 56, p.22. Como se verá más adelante, en nuestra opinión el Derecho penal del enemigo no pertenece al Derecho penal concebido en clave funcional.

12 Conclusión a la arriba el propio JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit. p.56. Ello también es destacado por uno de sus críticos PRANTL, Diabolische Potenz. Ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht - ein Kulturbruch, en: *Süddeutsche Zeitung*, Samstag/Sonntag, 5./6. März 2005, p.17, en cuanto la diferenciación entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo se torna nitida.

13 Véase PRANTL, Diabolische Potenz, ob. cit., p.17.

14 En este sentido, GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo», en: *RECPC* 07-02 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>, p.6.

15 Véase JAKOBS, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, 1997, pp.293-324, p.298.

con la finalidad de eliminar al oponente o disidente político, pero que no quedarían comprendidas dentro de los alcances de un Derecho penal del enemigo en la medida en la que no han sido recogidas por el ordenamiento jurídico, no tienen un nivel de juridicidad en su aplicación más allá de haber sido declaradas en el ámbito del Derecho internacional como crímenes de lesa humanidad y haberse incorporado como delito en la legislación interna de la mayoría de países.<sup>16</sup>

Ahora bien, esta tendencia expansiva de la incriminación, como destaca SILVA SÁNCHEZ<sup>17</sup>, se acentúa en los últimos años a través de los recursos a criterios fundados en categorías como la reincidencia, habitualidad, profesionalidad delictiva, integración a una organización delictiva, peligrosidad. Recientemente en el Perú a través de la Ley N° 28726 se acaba de incorporar al Código penal los artículos 46°-B y 46°-C, los mismos que introducen las categorías de la reincidencia y la habitualidad como presupuestos para la elevación de la pena por encima del máximo legal previsto para el tipo penal correspondiente. Tales categorías no dicen relación, como se indicó anteriormente, con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino con la forma reiterada en que éste es vulnerado por el agente, denotando en el autor una especial peligrosidad para el orden jurídico que queda fuera de las expectativas normativas vigentes en una sociedad determinada. Esto es, ambas categorías recogen la actitud del autor del hecho para con el sistema penal, ya sea luego de haber sido condenado a una pena privativa de la libertad (reincidencia) o después de haber cometido algún delito doloso (habitualidad). Se trata, en consecuencia, de la determinación del significado que ostenta el autor del hecho (léase *enemigo*) frente a la sociedad; ello es expresado bajo la idea general de peligrosidad.<sup>18</sup>

Sin lugar a dudas, la realización de un delito desde la pertenencia a una organización criminal, o basado en la profesionalidad del agente dedicada a cometerlo o en la habitualidad de su realización, son circunstancias de carácter objetivo que determinan en el marco de una valoración jurídico-penal una mayor gravedad del injusto y por ende una agravación de la pena.

Situaciones, sin embargo, a las que no renuncia a tomarlas en cuenta el Derecho penal de ciudadanos atendiendo a criterios de proporcionalidad y de lesividad<sup>19</sup>, bajo un marco de excepcionalidad no se

aparta de un Derecho penal que observa los principios fundamentales que lo rigen ni deja de lado las garantías procesales propias del inculcado. Lo mismo sucede respecto de los fenómenos concebidos como elevadamente peligrosos, pues estos son tratados dentro del Derecho penal ordinario, con algunas cuotas de rigidez en la intervención, pero en ningún caso constituyen una especial «peligrosidad terminal» para la sociedad, para usar un término empleado por CANCIO MELIÁ en un reciente trabajo sobre el tema.<sup>20</sup>

Ello nos conduce a afirmar que el Derecho penal del enemigo presentaría un elemento adicional con relación a estas características que también son concebidas en el Derecho penal de ciudadanos, este elemento radicaría en la «definición» de los individuos que actúan bajo tales características como enemigos, como no-personas en Derecho, se trataría de sujetos que en su actuación social se han apartado de manera duradera y decididamente del Derecho, al punto que no ofrecen una garantía cognitiva mínima necesaria para su tratamiento como personas.<sup>21</sup>

Sin embargo, una definición de los delincuentes como no-personas o como enemigos basada en la sola reincidencia, habitualidad, profesionalismo, pertenencia a una organización criminal, etc., y con ello la apreciación de su alejamiento duradero y decidido del ámbito del Derecho, respondería sólo a un capricho del legislador, ya que, como se ha indicado, tales características existen también en el Derecho penal de ciudadanos bajo un marco de excepcionalidad, luego la barrera de amigo-enemigo no resultaría tan clara, pudiendo el autor de un hecho con facilidad estar en uno u otro lado del «*frente de combate*».

El planteamiento de JAKOBS para la identificación de un Derecho penal del enemigo pareciera ir más allá que la constatación de una mera instauración de un Derecho penal de autor. Lo que permitiría en sí concebir a un «enemigo», en los términos de la formulación de JAKOBS<sup>22</sup>, es la falta en el autor de una garantía cognitiva mínima acerca de que, a pesar de su hecho, actuará como ciudadano, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, declarar a un individuo como «enemigo» respondería a un proceso de imputación (atribución) y no a un proceso meramente descriptivo<sup>23</sup>, aquí pareciera que existiría un vacío

16 Sin embargo, podría afirmarse que la práctica de desapariciones forzadas de personas y ejecuciones extrajudiciales, sería un antecedente burdo de una política criminal del enemigo, que posteriormente habría adquirido una forma jurídica en la dimensión actual del Derecho penal del enemigo en el cual se habría reconducido la violencia ejercida hacia formas de flexibilización de garantías procesales, creación de tipos penales de peligro y la elevación sustancial de penas, legitimándose y jurisdicalizándose la exclusión social que conllevaba anteriormente tales prácticas.

17 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2da. Edición, Madrid, 2001, pp.164 y s. Así también lo reconoce GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo», ob. cit., p.6, como JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., p.41.

18 Véase JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., p.33.

19 En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo», ob. cit., p.21.

20 Como acertadamente advierte CANCIO MELIÁ, ¿Derecho penal del enemigo?, en: JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, 2003, pp.57-102, p.95.

21 Así, expresamente, JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., pp.38 y ss.

22 Véase JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., p.36.

23 Descriptivo es aquella parte del ordenamiento jurídico ordinario que toma en cuenta la gravedad del hecho ocurrido, y entre ello la pertenencia a una organización criminal, para de manera excepcional valorar un injusto más grave y con ello agravar la pena.

en la propuesta de JAKOBS, pues no se encuentran los parámetros de dicha atribución, situación que mantendría la superposición que él mismo desea evitar. Y, por otro lado, la definición del enemigo no puede ser cerrada y circular, ha de verificarse antes que el Derecho penal del enemigo.

Ahora bien, el reconocimiento del enemigo por parte del sistema social radica en la atribución de competencia, no se trataría de la mera cosificación del individuo o de su consideración como un fenómeno de la naturaleza.<sup>24</sup> Incluso ante las reacciones del Derecho penal del enemigo, el autor ha de ser tomado en cuenta como persona, pues de lo contrario no sería necesario contradecir su hecho.<sup>25</sup>

Surge entonces la pregunta: ¿En qué consiste atribuir un déficit de garantía cognitiva de actuación en fidelidad al ordenamiento jurídico? JAKOBS<sup>26</sup> parte de la idea de que una norma determina la configuración de la sociedad en la medida en la que la conducta conforme a la norma debe ser esperable en lo fundamental, esto es, se extiende en el tejido social la expectativa de que los demás se comportarán conforme a la norma; esta comprobación de que cabe esperar comportamientos de acuerdo a la norma requiere de una verificación cognitiva, con la finalidad de que sea vivenciada como real.

Algo similar sucede, en opinión de JAKOBS<sup>27</sup>, respecto de la personalidad del autor de un hecho delictivo, en él cabe también observar una verificación cognitiva, esto es, una comprobación de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito frente a la norma, y a partir de ello se prevé una garantía cognitiva de un comportamiento personal. En este sentido, sería posible comprobar que determinados individuos no ofrecen esa garantía cognitiva que es necesaria para el tratamiento como persona en Derecho.

Críticamente<sup>28</sup> se ha afirmado que la seguridad cognitiva «total» no puede ser garantizada por ningún sistema, la seguridad resultaría ser un criterio relativo, existirían mayores o menores niveles de seguridad, por lo que de lo que se trata es de determinar cuando dichos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. Por otro lado, el hecho de que se identifique a alguien como enemigo en virtud de su peligrosidad, por más aislado que el caso se trate, trae como consecuencia que nadie en general esté seguro de su status como ciudadano<sup>29</sup>, con el añadido

que se facilita la tendencia a difuminar la frontera que separa al enemigo del ciudadano.

La pregunta que surge inmediatamente es si frente a este déficit resulta legítimo acudir al Derecho penal del enemigo o mantener los recursos ya tomados de este Derecho. Para responder a esta pregunta se ha de verificar primero qué objetivo se persigue con el Derecho penal del enemigo.

El radical despojo de la categoría de persona al infractor del Derecho penal del enemigo, en nuestra opinión, es el principal problema que enfrenta el recurso a dicho derecho. La equiparación ulterior del enemigo (despersonalización parcial), en la construcción de JAKOBS, con los enfermos mentales y con los menores (no personas en sentido jurídico penal) no es de recibo. ¿Por qué quien presenta un déficit cognitivo y, en consecuencia, no brinda una garantía acerca de sus futuros comportamientos en relación a las exigencias del Derecho, constatada a través de su «peligrosidad», ha de recibir de la sociedad una «declaración de guerra» y aplicársele el denominado Derecho penal del enemigo, y no sucede lo mismo, en el pensamiento de JAKOBS, respecto de otros sujetos que adolecen también de un déficit cognitivo?

En todo caso, en el ámbito de la comunicación es correcto afirmar que los enfermos mentales y los menores no comunican en el plano del Derecho penal<sup>30</sup> y así lo han recogido la mayoría de legislaciones penales de diversos países al establecer la minoría de edad penal en el caso de los menores incapaces o la inculpabilidad de los enfermos mentales; sin embargo, y ahí se observa una contradicción en dicho planteamiento, pues, por un lado, sí existiría una comunicación por parte de aquellos definidos como «enemigos»: precisamente, en palabras de JAKOBS, la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico, por más decidida y duradera que ésta sea, se trata de una comunicación en términos del Derecho penal (un comportamiento con sentido jurídico penal); y, de otro lado, la reacción jurídica penal (la pena) apreciada en la legislación que pertenecería al ámbito del Derecho penal del enemigo, seguiría siendo una reacción contrafáctica, por más grave que fuese el castigo a imponerse, de ahí que la pena seguiría desplegándose en el ámbito de la comunicación. La pena como es concebida en la actualidad recae sobre los derechos del individuo que él mismo tiene atribuidos en cuanto persona.<sup>31</sup>

24 Cercano a esta postura CANCIO MELIÀ, ¿Derecho penal del enemigo?, ob. cit., p.88.

25 Exigencia que establece JAKOBS en su concepción funcional de la pena, sin ánimo exhaustivo: JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., p.23, aunque no lo extiende al ámbito del Derecho penal del enemigo.

26 Cfr. JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., pp.36 y s.

27 Cfr. JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., pp.38 y 40.

28 Cfr. MUÑOZ CONDE, Las reformas de la parte especial del Derecho Penal español en el 2003: de la «tolerancia cero» al Derecho Penal del enemigo», en PEÑA CABRERA FREYRE y otros, *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo II, Lima, 2006, pp.13-54, p.46.

29 En este sentido, SAUER, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, en: *NJW* 2005, pp.1703-1705, p.1704.

30 JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídica - penal*, traducción de Manuel Cancio Melià y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, p.57.

31 Acertadamente, GRACIA MARTIN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo», ob. cit., p.33, aunque no observa la contradicción que existe en el planteamiento de JAKOBS aquí advertida.

Esto impediría dar el salto de definir a los «enemigos» en términos absolutos como no – personas.<sup>32</sup>

Si el Derecho penal del enemigo tiene como destinatarios también a personas, entonces no cabe una diferenciación con un Derecho penal del ciudadano en el momento de la infracción de la norma, lo que cabría distinguir, en todo caso, es la diferente intensidad de la intervención penal. Dicho de otro modo, en el ámbito de la infracción de la norma el Derecho penal del enemigo necesita de la categoría de persona en el infractor; más adelante veremos si con relación a la pena sería posible despojar al autor de dicha categoría.

Pasemos a analizar esta contradicción interna del Derecho penal del enemigo en su actual formulación. El camino a seguir se funda en el reconocimiento de acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico, lo cual es materia del siguiente apartado.

### III. El acoplamiento estructural entre la Política Criminal y el Derecho Penal en clave funcional sistémica

Partimos de la base de que es posible, respetando la coherencia funcional y sistémica que inspira la posición jakobsiana, verificar la existencia de acoplamientos estructurales entre la política criminal y el Derecho penal funcional en sentido estricto.<sup>33</sup> Ambos se encontrarían claramente definidos y determinados de acuerdo a su función en el entramado social y no superpuestos como en un modelo político criminal del Derecho penal. A partir de ello se puede identificar, en clave funcional sistémica, a la Constitución Política como el acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico<sup>34</sup>, y luego entre los subsistemas Política Criminal y Derecho Penal.<sup>35</sup>

La viabilidad de la Constitución como acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico se expresa en que ésta procura, en el marco de los problemas de su autoreferencia, soluciones políticas para el Derecho y, a su vez, soluciones jurídicas para la política. La Constitución que determina y constituye el Estado adopta en ambos sistemas un sentido diferente: para el sistema jurídico la Constitución es una ley fundamental (superior), mientras que para el sistema político es un instrumento de la política en un doble

sentido, como política instrumental y como política simbólica.<sup>36</sup>

Consecuentemente, el significado político (cuestionamiento o discusión) de una ley es algo completamente distinto a su vigencia jurídica.<sup>37</sup> Por lo que una Constitución puede ser adoptada como texto jurídico, pero puede no funcionar si las intervenciones del poder político sobre el sistema jurídico contrarias a la Constitución no son eliminadas, por ejemplo, los excesos en el ámbito policial o respecto de aquellas formas extendidas de corrupción<sup>38</sup>, o el detrimento de los derechos fundamentales del ciudadano en la intervención penal, como resulta ser el problema que se advierte con relación al Derecho penal del enemigo.

En definitiva, es posible la compatibilización entre el sistema político criminal y el sistema penal desde los lineamientos del funcionalismo sistémico, tal compatibilización operará en determinados segmentos: la persona, el bien jurídico y la pena. Sobre cada uno de ellos verificaremos las contradicciones existentes en el modelo del Derecho penal del enemigo frente al acoplamiento estructural de la Constitución Política.

### IV. Acoplamientos estructurales y Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo mostraría la preferencia de la política sobre el Derecho o, en palabras de SAUER, gravemente la sustitución del Derecho mediante la guerra<sup>39</sup>. En efecto, la idea de guerra no pertenece en primer término al Derecho sino a la Política, es políticamente como se define la instauración o no de una guerra. Esta primera afirmación nos conduce a sostener que la identificación de enemigos no es una tarea propia del Derecho y menos del Derecho penal, sino una función que pertenece al ámbito del sistema político y, para el tema que nos ocupa, al ámbito del sistema político – criminal. Ello es advertido por el propio JAKOBS, al señalar que la decisión de si se trata de un proceso de criminalización excesivo o de una defensa necesaria de lo nuclear de la sociedad es puramente política y no jurídico– penal.<sup>40</sup>

Ahora bien, siendo la Constitución Política el acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico, la pretensión política acerca de una intensificación de la seguridad cognitiva, elevación

32 Ello también se puede apreciar del catálogo de penas que comprende el Derecho penal del enemigo, en todas se puede observar que una actitud contrafáctica, lo contrario significaría afirmar que los «enemigos» no infringen la vigencia de la norma y que, en consecuencia, no es necesario su restablecimiento, luego sólo sería aplicable medidas de intervención distintas a la pena, lo cual no se observa en la legislación vigente.

33 Sobre Derecho penal funcional en sentido estricto, Cfr. LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al., 1999, p.185.

34 Cfr. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Tomo II, Frankfurt am Main, 1997, pp.782 y s. También en LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p.478.

35 Sobre este tema me he pronunciado en detalle en: MAZUELOS COELLO, *Política Criminal y Derecho penal funcional desde una perspectiva sistémica*, en: *RPDJP*, N° 5, 2004, pp.241–266.

36 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, ob. cit. p.478.

37 Cfr. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Tomo II, ob. cit. p.783.

38 Cfr. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Tomo II, ob. cit. p.787.

39 Cfr. SAUER, *Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft*, ob. cit. p.1704.

40 Así, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 40 y s.

de penas, reducción de garantías procesales, etc., ha de canalizarse mediante el instrumento de la Constitución, es decir, obtener una forma jurídica desde los principios que rigen la Constitución y desde ahí plasmarse en leyes, con la finalidad de desarrollarse en el sistema jurídico.

La pretensión política plasmada en un Derecho penal del enemigo niega frontalmente los principios constitucionales que rigen actualmente un modelo de Estado social y democrático de Derecho, por lo que no se corresponde con un acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico; por el contrario, es producto de una manipulación directa del Derecho penal por parte de la política.

Desde este orden de ideas, el Derecho penal del enemigo carecería de legitimación, en la medida en la que no estabiliza normas sino que estigmatiza a un grupo determinado de delincuentes y, por otro lado, sus parámetros de intervención se alejan de un Derecho penal del hecho y se acerca a un Derecho penal de autor.<sup>41</sup>

En este sentido, el Derecho penal del enemigo no puede ser objeto de un tratamiento meramente descriptivo, de una constatación neutral de su existencia, sino de un enfoque confrontacional en cuanto a su disfuncionalidad para el sistema social.

Veamos seguidamente como se genera este desacoplamiento estructural entre Derecho penal y Política Criminal desde las pretensiones del Derecho penal del enemigo en los segmentos correspondientes a la persona, el bien jurídico y la pena.

### 1. La persona

Dentro de la concepción funcional de la sociedad y el Derecho esbozada por JAKOBS<sup>42</sup> la persona es una construcción social, sobre la base de ser titular de derechos y deberes dirige expectativas normativas hacia los demás. Luego, a partir de ello se configura la imputación jurídico – penal a través de la verificación de la competencia de la persona en un contexto determinado.

Sin embargo, la característica central del planteamiento de JAKOBS es que en el Derecho penal del enemigo el autor no es concebido como persona competente, sino como «foco de peligro».<sup>43</sup> Esto lo clarifica el citado autor con una frase: *«quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello.»*<sup>44</sup>

No se trata de un examen individual, psicológico o interno del sujeto en cuanto a sus capacidades psíquicas para obrar conforme al Derecho, pues ello es tarea de la psiquiatría y obedece a un proceso descriptivo, sino más bien de una **atribución** de incompetencia «normativa» de carácter objetivo, social y estandarizada, que atendiendo al comportamiento llevado a cabo por el sujeto es posible afirmar un déficit cognitivo en su conducta en cuanto no presta la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para el trato como persona en Derecho.

Pareciera que esta formulación del enemigo como no persona en Derecho no puede expresarse en términos absolutos, éste resultaría competente para infringir las normas que configurarían (si cabe el término) un Derecho penal del enemigo, con la salvedad que la respuesta del sistema penal en estos casos iría más allá del restablecimiento de la vigencia de la norma y no pondría el acento en la infracción de la norma en sí, sino en el aseguramiento del infractor, en la prevención de los delitos.<sup>45</sup>

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que el infractor en sede del Derecho penal del enemigo presenta un doble tratamiento: es persona en la medida en la que se le reconoce competencia para infringir la norma y por ello la pena se orientaría al restablecimiento de la vigencia de la norma, y no se le reconoce como persona (no – persona) en cuanto se adiciona a la pena medidas asegurativas; la negación de lo primero significaría admitir que su comportamiento no tendría significación penal, lo cual no es de recibo.

Esta doble caracterización del «enemigo» es lo que precisamente lo distingue de aquellos sujetos incapaces de competencia jurídico-penal: menores, enfermos mentales, etc.

Regresando sobre la reacción penal en sede del Derecho penal del enemigo, la intensidad del aseguramiento del individuo sigue denominándose pena en la legislación, es decir, queda encubierta bajo dicho concepto, por lo que en estos casos es posible distinguir una cuota de pena dirigida al restablecimiento de la vigencia de la norma (tratamiento como persona) y otra cuota de puro aseguramiento (tratamiento como individuo). Ambos estarían orientados en definitiva a la vigencia de la norma, pues el aseguramiento físico significa el reforzamiento del apoyo cognitivo que sirve a la vigencia de la norma.

Luego, la cuota de aseguramiento que se mantiene definida como «pena» que va más allá de la responsabilidad por el hecho, deja de considerar al delincuente como persona (en libertad), se le despersonaliza en sentido jurídico y pasa a ser tratado

41 En este sentido, acertadamente, CANCIO MELIÁ, ¿Derecho penal del enemigo?, ob. cit., pp.93 y s.

42 Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, ob. cit., p.20.

43 Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, ob. cit., p.58.

44 Cfr. JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, en: *RPDJP* N° 5, 2004, pp. 171–221, p.213.

45 Esto último lo advierte expresamente JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, ob. cit., pp.213 y s.

como individuo peligroso<sup>46</sup>, y de ahí en términos reales como «enemigo».

Ahora bien, como destaca JAKOBS, dicha despersonalización opera sólo en el plano del uso defectuoso de la libertad, el delincuente mantiene intacta su personalidad jurídica como portador de sus derechos. De esta forma, siempre en opinión del citado autor, el delincuente no es sometido a un trato arbitrario, el aseguramiento necesario opera sólo respecto de determinadas relaciones jurídicas, no implica la anulación en sí de la persona; y, por otro lado, tal aseguramiento incide frente a los delitos que el sujeto pueda cometer (es de carácter individual) y no significa su instrumentalización en aras de una pretendida prevención general negativa.

“(...)el bien jurídico como  
segmento del acoplamiento  
estructural entre política  
criminal y Derecho penal,  
se trata de un elemento de  
la política criminal y no del  
sistema jurídico penal(...)”

Con esto se pretende dulcificar el tratamiento del enemigo, creo que es una solución legítima, en cuanto mantiene incólume la categoría de persona en el infractor frente a su competencia jurídico penal para llevar a cabo nuevos delitos, esto es, sigue siendo competente frente a posibles quebrantamientos de la norma, luego: no es que el enemigo en todos los comportamientos de su vida muestre un déficit de seguridad cognitiva.

## 2. El Bien Jurídico

Como premisa se ha de señalar que el bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre política criminal y Derecho penal, se trata de un elemento de la política criminal y no del sistema jurídico penal<sup>47</sup>, pues la definición de lo que el Estado a través del ejercicio del ius puniendi pretende garantizar responde a una discusión política entre éste y los ciudadanos que luego es traducida en términos jurídicos a través de la Constitución configurándose los derechos y deberes de los ciudadanos.

La persistente actitud personal del autor contraria al Derecho es la característica central que distingue a

un Derecho penal del enemigo de un Derecho penal del ciudadano, con todo lo que dicha diferenciación conlleva en la intervención penal. Desde un Derecho penal concebido a través de la función de protección de bienes jurídicos no es posible plantear una significativa distinción, pues ambos podrían fundarse en la protección de bienes jurídicos pasando por alto el diverso tratamiento antigarantista de que es objeto el autor de la lesión al bien jurídico, así como su definición como enemigo. Luego, el contenido antigarantista de este tipo de legislación está más allá del hecho de si el Derecho penal se orienta o no a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, se ha sostenido que el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos<sup>48</sup>, en cuanto adelanta la punición a situaciones anteriores a su lesión o puesta en peligro.

Ahora bien, desde la concepción del Derecho penal orientado a garantizar la vigencia de la norma, en el Derecho penal del enemigo se estaría erigiendo una función adicional: procurar la seguridad cognitiva del individuo infractor como condición necesaria para la estabilización efectiva de la norma quebrantada. Aunque al no tratarse de una prestación voluntaria del infractor se trataría de **coacción** (prestación externa del delincuente<sup>49</sup>), lo cual quiebra el sentido de un Derecho penal de libertades, evidenciándose entonces la arbitrariedad del modelo, inclusive en clave de un Derecho penal funcional.

## 3. La Pena

En un Derecho penal funcional la pena persigue la reafirmación de la validez de la norma. En el Derecho penal basado en la mera eliminación de un peligro, la pena no se orienta a la retribución del daño causado, sino al aseguramiento frente a hechos futuros.<sup>50</sup>

La pena (privativa de la libertad) conlleva la exclusión del penado de la sociedad, por lo que en sí el castigo que hoy conocemos y aplicamos no está alejado de la idea de segregación, por más que se le adicione al castigo diversos fines individuales (prevención especial). Si bien el reo queda privado de su derecho a la libertad, en concreto a la libertad de movimientos, quedan subsistentes otros derechos, como, por ejemplo, a la propiedad.

En este sentido, la segregación del delincuente es propia de un Derecho penal del ciudadano y de un Derecho penal del enemigo, lo que difiere es la forma en que se llega a dicha segregación y la intensidad de la misma. En el segundo, la exclusión del reo de la sociedad se logra a través del sacrificio de los derechos y garantías fundamentales del Estado de Derecho, mientras que

46 Así JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, ob. cit., p.215.

47 Sobre ello puede verse en detalle: MAZUELOS COELLO, Revisión crítica de la Teoría del Bien Jurídico. El bien jurídico como segmento de acoplamiento estructural entre la política criminal y el Derecho penal funcional, en: PEÑA CABRERA FREYRE y otros, *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, pp.795-820, pp.813 y ss.

48 En este sentido, JAKOBS, Criminalización en el estadio previo, ob. cit., p.298.

49 Así, JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, ob. cit., p.215.

50 Cfr. JAKOBS, Derecho penal del ciudadano, ob. cit., p.40.

en el primero se mantienen los intentos por que ello no ocurra. Luego, la exclusión que conlleva el Derecho penal del enemigo no lo sería tanto en torno a la separación física del reo del resto de la sociedad, sino su exclusión de los derechos y garantías que le asisten como miembro de la sociedad. Esto es, la desprotección del condenado generada por el propio sistema penal.

Ahora bien, desde la perspectiva de los acoplamientos estructurales entre política criminal y Derecho penal, es en el sistema político donde se define qué tipo de personas y bajo qué criterios han de ser separados de la sociedad por un espacio de tiempo en aras de la preservación del orden social. En este sentido, la pena es un instrumento de aseguramiento del Estado.<sup>51</sup>

En el ámbito del Derecho penal del enemigo no se pone el acento en la función social de la pena en sí (prevención general positiva), sino en su efecto preventivo –especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad.<sup>52</sup>

De otra parte, en el Derecho penal del enemigo la pena no significaría una reacción contrafáctica en los términos esbozados por JAKOBS, sino una adecuación al fenómeno como sucede respecto de la defraudación de una expectativa de la naturaleza. De esta forma es posible sostener que en el Derecho penal del enemigo es evidente que la pena constituye autoconstatación del Estado, la mera instrumentalización del individuo en aras de la obtención de eficiencia del sistema penal. Como ha sido observado por la doctrina<sup>53</sup>, ante la ausencia de la mínima seguridad cognitiva de la conducta del «enemigo», el modo de afrontar el suceso será mediante el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de la pena, aunque formalmente las medidas de seguridad aplicables se presenten como penas.

Ahora bien, en nuestra opinión, la intervención penal vista desde un paralelismo entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo, puede explicarse a partir de determinar que cierto tipo de delitos – la mayoría– son funcionales al sistema penal, en la medida en la que el Derecho está también en vigor cuando una determinada conducta es definida y tratada como delito, ya que permite al Derecho penal mantener en vigor la orientación comunicativa, es decir, que éste siga constituyendo el esquema de orientación dirigente<sup>54</sup>: la realización de un comportamiento definido como delito y la intervención del sistema sobre ella resultan funcionales para el sistema penal en cuanto se favorece a la constatación social de la validez del ordenamiento jurídico; mientras que otro

tipo de delitos son disfuncionales al propio sistema y, en consecuencia, su comisión ya no favorece a una renovación permanente de la constatación social de la validez del ordenamiento jurídico, sino que genera su deterioro y con ello el de la propia sociedad. Esto es lo que DURKHEIM definió como la normalidad y funcionalidad del delito<sup>55</sup>, lo que cabría equiparar con las características del hoy identificado Derecho penal de ciudadanos en los términos anteriormente detallados; mientras que, por otro lado, este autor denominó la situación de anomia<sup>56</sup> (ausencia de normas), producida como consecuencia de una crisis de desorganización colectiva debido a la desorientación normativa de los miembros de la sociedad, en la que el delito deja de ser funcional y pasa a generar una ruptura de la *conciencia colectiva*, la que sería posible identificar con la actual caracterización del Derecho penal del enemigo.

Ante tal disfuncionalidad el sistema penal no actúa como en el primer caso, más bien busca su propia conservación, luego a través de su intervención no sólo ha de expresarse un rechazo contrafáctico al hecho sino, además, un aseguramiento fáctico de que la amenaza existente no llegue a materializarse.

Estesegundogrupo de delitos respondería a la estructura del Derecho penal del enemigo. En él encontramos la definición de determinados comportamientos como delitos a partir no del hecho en sí, sino aunado a él a partir de la actitud del sujeto frente al Derecho que ha sido configurada como peligrosidad.

En síntesis, cabe apreciar una forma de intervención estatal orientada a la despersonalización parcial del delincuente (incide sólo en un ámbito de su derecho a la libertad) expresada en el aseguramiento, luego sigue siendo persona en Derecho.

## V.- La Política Criminal del Enemigo

Es en un momento anterior al Derecho penal en el que se define quién es ciudadano y quién es enemigo, ello es un problema político criminal y no jurídico penal. Coherentemente, JAKOBS sostiene que no es un problema jurídico penal la cuestión de la legitimación de las medidas de salvaguarda que se adopten.<sup>57</sup>

En los casos de intervención del Derecho penal del enemigo se demuestra que no opera una actitud contrafáctica de la pena, sino una adecuación del sistema al propio fenómeno social (definido como enemigo); en efecto, la intervención penal se convierte en una adecuación fenomenológica a lo ocurrido, lo

51 Cfr. BUSTOS, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Bogotá, 1982, p.142.

52 Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, ob. cit., p.58.

53 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, ob. cit., pp.164 y s.

54 Así, JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, ob. cit., p.198.

55 Cfr. DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, traducción de L.E. Echevarría Rivera, 3ª. Edición, Barcelona, 1982, pp.91 y ss.

56 Cfr. DURKHEIM, *El suicidio*, traducción de L. Díaz Sánchez, Madrid, 1982, pp.255 a 278.

57 Expresamente: JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, ob. cit., p.216.

cual no es ninguna respuesta desde un Derecho penal funcional. En consecuencia, **no existe un Derecho penal funcional del enemigo.**

Es el Estado que en la definición de las relaciones con sus ciudadanos precisa los límites en los que ha de operar un marco excepcional de intervención alejado de los lineamientos y principios garantistas de la persona y el proceso, así como los parámetros de vigencia de esa excepcionalidad. Luego, esta definición ha de perseguir que dicho marco excepcional no se mezcle con un Derecho penal común. En tal sentido los parámetros de excepcionalidad de la intervención han de estar claramente definidos y armonizados con el marco constitucional existente en una sociedad determinada, sólo así se aminora la contingencia de disfuncionalidad que representa el recurso a un Derecho penal excepcional. Ha de operar aquí el acoplamiento estructural entre política criminal y sistema jurídico penal a través de la Constitución.

En este caso, lo que puede distinguirse es una política criminal del enemigo que trata por todos los medios, principalmente a través del ejercicio

de poder que ostenta el Estado, de instaurar un modelo de Derecho penal represivo, excluyente y antigarantista. Debido a ello, un sistema penal que actúe invirtiendo los criterios de imputación y de atribución de responsabilidad penal es *disfuncional*<sup>58</sup> con el Derecho penal.

En este sentido, resulta destacable para el ámbito de la política criminal la propuesta de CANCIO MELIÁ en cuanto defiende un tratamiento de «normalidad» al fenómeno grave, como *negación de la excepcionalidad*, y ello a partir de la intervención penal desde los criterios de imputación y de responsabilidad establecidos en el Derecho penal de ciudadanos.<sup>59</sup>

Para concluir, seguir hablando de un Derecho penal del enemigo como tal con autonomía propia y de manera cerrada y circular en cuanto al proceso de definición del enemigo en sí, oculta el real problema existente, evita confrontar directamente las relaciones Estado versus individuo, por lo que es preferible focalizar la discusión en un momento anterior al Derecho penal, esto es: en la denuncia de una política criminal del enemigo. 

58 Observación formulada por CANCIO MELIÁ, *¿Derecho penal del enemigo?*, ob. cit., p.99. También SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, ob. cit., p.165: no habría un Derecho penal de enemigos en sentido estricto, ya que las medidas de seguridad aplicables en estos casos se mostrarían bajo la apariencia formal de penas.

59 En este sentido, CANCIO MELIÁ, *¿Derecho penal del enemigo?*, ob. cit., p.98.