



Armando Sánchez Málaga Carrillo(*)

El enemigo y el discurso de la **seguridad ciudadana**(**)

“LA CUESTIÓN ACERCA DE CÓMO ENFRENTAR LA CRIMINALIDAD ALTAMENTE VIOLENTA, ORGANIZADA (COMO LA DEL TERRORISMO O EL NARCOTRÁFICO) O NO (COMO EL CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD), ENCUENTRA RESPUESTA EN UN DERECHO PENAL COMO ARMA DE COMBATE DE FOCOS DE PELIGRO”

1. Dos realidades...

Alemania, 11 de enero de 2005. Se aprobó la *Luftsicherheitsgesetz* (Ley de Seguridad Aérea, posteriormente declarada inconstitucional⁽¹⁾), la cual habilitaba a que un avión de pasajeros secuestrado por un comando terrorista fuera derribado por el ejército tras la correspondiente orden emitida por el Ministro de Defensa, cuando las circunstancias del caso permitieran concluir que dicha aeronave iba a ser utilizada como bomba volante para atentar contra la vida de un considerable número de personas⁽²⁾. Se recurrió, entonces, al estado de necesidad como fundamento.

Perú, 01 de septiembre de 2010. Fue publicado el Decreto Legislativo 1095, que establece la posibilidad de que las fuerzas armadas, por disposición del Presidente de la República, intervengan en el establecimiento del orden interno como refuerzo de las acciones de la policía siempre y cuando se trate de casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país y de servicios públicos esenciales. En esta norma, se recurre al concepto de daño colateral como “consecuencia no intencionada de operaciones militares en las que se puede ocasionar

(*) El contenido del presente artículo es motivo de desarrollo mayor en la tesis “*Limitaciones de un Derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al Derecho penal del enemigo*”, sustentada por el autor para obtener el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

(**) Abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de maestría en Derecho Penal con calificación sobresaliente por la *Universitat de Barcelona* y la *Universitat Pompeu Fabra*. Adjunto de docencia del curso Derecho Penal - Parte General en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Consorcio Roger Yon & SMB Abogados.

(1) Mediante sentencia del 15 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional alemán la declaró inconstitucional por vulnerar el derecho a la vida y la dignidad del ser humano.

(2) CANO PAÑOS, Miguel Ángel. *Caso de la Luftsicherheitsgesetz*. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coordinador). *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. La Ley, 2011; p.30.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana



daño a personas civiles o bienes protegidos, y cuya calificación de excesivo o no, puede determinarse al ser evaluado por medio de la necesidad militar y la proporcionalidad con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista”.

2. El problema

Si bien ambas normas fueron elaboradas en países con realidades muy distintas, responden al mismo discurso de la seguridad ciudadana que es elemento clave de cualquier discurso político actual. La cuestión acerca de cómo enfrentar la criminalidad altamente violenta, organizada (como la del terrorismo o el narcotráfico) o no (como el caso de violación sexual de menores de edad), encuentra respuesta en un Derecho penal como *arma de combate* de focos de peligro. Ahora bien, la utilización del Derecho penal como arma de combate no se limita a intervenir en casos como los citados, sino que se amplía cada vez más dirigiéndose al adversario del poder político y convirtiéndose en instrumento de mantenimiento del *status quo*.

No se trata de un discurso nuevo. Otto Kirchheimer aludió ya a la existencia de un mecanismo de Estado para establecer un principio de autoridad frente al diferente, sosteniendo que “el concepto *Administración de Justicia Política* se aplica a aquella parte de la Administración de Justicia de reputación más dudosa, en tanto en cuanto los mecanismos y las instituciones del Derecho tutelado por el Estado son utilizados para afianzar posiciones de poder o para crearlas (...)”⁽³⁾. Ejemplo paradigmático de ello es el artículo 283 del Código Penal peruano que sanciona con cárcel la conducta de quien, sin crear una situación de peligro común, estorba el normal funcionamiento de los servicios públicos de comunicación. Es decir, se sanciona penalmente al manifestante, sin exigirse la creación de peligro penalmente relevante. El Derecho penal interviene para “mantener el orden” y proteger a quien ejerce el poder político. Al respecto, el profesor Bustos Ramírez hace varias décadas ya anotó que “la doctrina de la seguridad nacional, sobre la base de aplicar al orden público interno la concepción de la guerra y de la defensa externa del Estado, ha convertido al disidente interno en un enemigo que hay que reprimir y aniquilar, y basa su legitimidad en esa propia concepción de la guerra”⁽⁴⁾.

El profesor Wolfgang Kaleck nos explica que ya desde hace 40 años Sebastian Cobler describió la pareja de antónimos “Derecho del enemigo/Derecho del ciudadano” y definió a los enemigos como personas que se comportan de manera dañina para la sociedad o peligrosa para la comunidad, personas desencantadas con el Estado, negadoras

(3) KALECK, Wolfgang. *Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo*. En: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen II. Madrid: Edisofer, 2006; p. 122.

(4) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Las Funciones de la Policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*. En: *Nuevo Foro Penal*, No. 32, 1986; p. 172.



Armando Sánchez Málaga Carrillo

del Estado, perjudiciales para el Estado, que desprecian el Estado, difamadoras del Estado, desmoralizadoras del Estado, que ponen en peligro el Estado, enemigas del Estado, amenazadoras para el Estado; frente a quienes opuso a los decentes, que serían aquellos que afirman el Estado y su orden constitucional vigente con su conciencia estatal positiva⁽⁵⁾.

Se trata de un fenómeno presente y actual en el ordenamiento jurídico peruano, en el que, sin análisis sociológico alguno, sin estadística penitenciaria y sin noción de cuáles son los efectos de la ejecución de las penas en nuestras cárceles, se postula un Derecho penal del enemigo como expresión de incapacidad y resignación ante el fenómeno criminal. Ante dicho escenario, cabe entonces preguntarse si existen realmente enemigos de la sociedad y, de ser así, si es legítimo construir un Derecho penal especial para dichos enemigos y si este podría funcionar adecuadamente en su combate. Acaso sean aquellas las preguntas más actuales de la discusión político criminal.

3. El binomio de Günther Jakobs⁽⁶⁾

Una respuesta a dicha cuestión político criminal la encontramos en la obra del profesor alemán Günther Jakobs, quien propone la necesidad de distinguir el *Derecho penal de los ciudadanos*, en el que la sanción penal cumple la función comunicativa de mantener la vigencia de la norma, del *Derecho penal de los enemigos*⁽⁷⁾, que es el derecho de todos los ciudadanos que forman filas en contra del enemigo y en el que la pena cumple una función asegurativa, combatiendo peligros como en una guerra y ejerciendo mera coacción física. Jakobs parte de la idea de que un Derecho penal de enemigos sujeto a reglas y límites sería el mecanismo para evitar una superposición

entre ambos ordenamientos, salvaguardar las libertades de los ciudadanos y limitar la propia reacción estatal frente al enemigo⁽⁸⁾.

El Derecho penal del enemigo constituye una reacción frente a individuos que ponen en cuestión la configuración y la estabilidad del ordenamiento democrático, es decir frente a focos de peligrosidad. Se dirige contra aquellos que el Estado considera que se han apartado -de manera al menos duradera- del Derecho y que, por ello, no prestan la suficiente seguridad cognitiva de que mantendrán un comportamiento conforme a las normas, constituyendo un peligro para la vigencia del orden social.

4. La doble función de la pena

Asumir el discurso del Derecho penal del enemigo implica entender que el Derecho penal tiene dos formas distintas de operar según el tipo de imputado (ciudadano o enemigo). Ello tiene como consecuencia explicar la pena como contradicción y como aseguramiento. En palabras de Jakobs, "(...) el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa

(5) KALECK, Wolfgang. *Óp. cit.*; p. 125.

(6) Günther Jakobs no es el creador del concepto "Derecho penal del enemigo", sino el principal responsable de la actual discusión. En: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del "peligro de peligro"*. En: Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Volumen II. Madrid: Edisofer, 2006; p. 523.

(7) Los textos fundamentales del profesor Günther Jakobs que abordan la problemática del Derecho Penal del enemigo son *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (título en alemán: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*) y *¿Terroristas como personas en Derecho? (Terroristen als Personen im Recht?)*. Ambos en: JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*. 2da. edición. Navarra: Aranzadi, 2006. Véase también: *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción (Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit)*. En: CANCIÓ MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ (coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006.

(8) Jakobs entiende que un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. En: JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Óp. cit.*; p. 24.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad⁽⁹⁾.

La pena entonces opera como *mecanismo de contradicción* cuando el sujeto activo del delito es una persona que, si bien ha dañado la vigencia de la norma y está llamada a equilibrar el daño, aún presta garantía de seguridad cognitiva, esto es, garantía de que puede convivir en sociedad como ciudadano, “es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁾. Ahora bien, para Jakobs, la vigencia de la norma y de la personalidad del individuo no pueden mantenerse de manera completamente contra fáctica, ya que “sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida⁽¹¹⁾. Agrega en ese sentido que “(...) las personas no sólo quieren tener derecho, sino (...) sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será⁽¹²⁾ (13).

Por ello, para Jakobs, la pena opera como *instrumento de aseguramiento* cuando tiene a un enemigo al frente. Así, la finalidad del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva, produciendo “condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas⁽¹⁴⁾. Agrega que “(...) hay muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona⁽¹⁵⁾. En ese

sentido, hace alusión a la legislación de lucha presente en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, en la que, según el autor alemán, se pretende combatir “(...) a individuos que en su actitud (...), en su vida económica (...) o mediante su incorporación a una organización (...) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir que no prestan garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona⁽¹⁶⁾.

En conclusión, prestando especial atención al texto “¿Terroristas como personas en derecho?”, se entiende que para Jakobs el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico. Llega al extremo de sostener que, a partir del momento en el que la capacidad de orientación de un sujeto carece del apoyo cognitivo suficiente, se pierde la esperanza de que el sujeto cumpla con su deber (se “auto administre”), frente a lo que “(...) la sabiduría popular dirá ‘éste no es trigo limpio’, y eso significa: ‘se abandona la expectativa normativa para pasar a la cognitiva’⁽¹⁷⁾ (18).

5. Efectos prácticos del Derecho Penal del enemigo

Se ha visto que la propuesta del Derecho penal que combate a los enemigos de la sociedad establece un régimen penal especial para

(9) JAKOBS, Gunther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Óp. cit.*; p. 43.

(10) *Ídem.*; p. 37.

(11) *Ídem.*; p. 38.

(12) *Ibidem.*

(13) Es conocido el ejemplo del sujeto que no va sin necesidad a un parque en el que cuenta con la seria posibilidad de ser víctima de un asalto (seguridad cognitiva), a pesar de que sabe que tiene el derecho a que no lo asalten (seguridad normativa).

(14) GARCIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo. Lima: IDEMSA, 2007; p. 204.

(15) JAKOBS, Gunther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Óp. cit.*; p. 39.

(16) *Ídem.*; p. 40.

(17) *Ídem.*; p. 67.

(18) Cita que llama la atención al introducir un elemento altamente subjetivo, como es la percepción de la ciudadanía, en una teoría con altas pretensiones de normativización. Se trata además de un postulado relativo, que no conlleva el reflejo de



Armando Sánchez Málaga Carrillo

aquellos sujetos que no merecen la calificación de ciudadanos. Cabe dudar acerca del contenido realmente penal de dicho régimen, que se asimila más a la configuración de una estrategia militar. Ejemplo de ello es el Decreto Legislativo No. 1095 que habilita a las fuerzas armadas a “combatir” determinados delitos. El Derecho penal del enemigo se materializa básicamente en tres consecuencias legales:

- a) *Flexibilización de las técnicas de imputación.* Destacan sobre todo dos formas de flexibilización. Por un lado, el significativo adelantamiento de las barreras de punición, al sancionar no solo los actos preparatorios, sino inclusive sus formas imperfectas de ejecución. Se tipifican no solo delitos de posesión y de estado de cosas, sino también de estatus (reincidencia, habitualidad). Por otro lado, se produce la progresiva “objetivación” del delito, obviándose las exigencias de imputación subjetiva, en abierta contradicción del principio de culpabilidad.
- b) *Reducción de las garantías sustanciales y procesales a favor del reo.* Se configura un Derecho penal basado en las presunciones, en el que el reo debe probar su inocencia, en el que se aplican con carácter forzoso medidas restrictivas de derechos como la detención provisional, en el que la incomunicación del preso (y sus posibles efectos como la tortura y la autoincriminación) es técnica apta para la investigación del delito.
- c) *Endurecimiento y aplicación más estricta de las penas privativas de libertad y de derechos.* La cadena perpetua y la acumulación sin límite de las penas son claro ejemplo de este fenómeno. Se observa también la reactivación de un Derecho penal de medidas de seguridad a imputables, como ocurre con las medidas de vigilancia de los delincuentes sexuales que ya cumplieron su pena.

El profesor Cancio Meliá en su texto “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, negando la consideración de Derecho

al mismo, sostiene que “(...) la esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos”⁽¹⁹⁾. El mismo autor resume las tres características esenciales del fenómeno: “(...) el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de, como es lo habitual, retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas”⁽²⁰⁾. Pero el “Derecho” penal del enemigo va más allá. Ni siquiera espera la existencia de un proceso penal para restringir las garantías del imputado o atribuirle un delito de dudosa configuración, sino que adelanta el ataque contra el enemigo a barreras muy anteriores al propio acto: aniquila al sujeto sospechoso a través de la técnica militar.

6. ¿Descripción o defensa?

Aspecto discutido por la doctrina es si el profesor Jakobs asume la defensa del modelo o si se limita a describir una realidad legislativa. Me inclino por la primera opción en virtud de varios motivos. En primer lugar,

una mayoría democrática, sino el resultado de lo que el legislador de lucha considere que es la sabiduría popular. Es decir que el Derecho penal del enemigo se sustenta en la visión del legislador que asume el papel de “la voz del pueblo” y que no tiene límite alguno para sancionar.

(19) JAKOBS, Gunther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Óp. cit.*; p. 118.

(20) CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?* En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2006; pp. 356-357.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

el propio autor fija la necesidad de un régimen especial que evite la contaminación del Derecho penal del ciudadano. Así, señala que a “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal (...) el Estado *no debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”⁽²¹⁾ y añade que “igual que resulta deshonesto evitar la difícil legitimación del Derecho penal del enemigo introduciéndolo (más exactamente: escondiéndolo) de modo más o menos clandestino en el Derecho penal del ciudadano (en vez de ubicarlo en una posición autónoma), resulta deshonesto abusar del carácter evidente del Derecho penal del ciudadano declarando ciudadanos a los enemigos”⁽²²⁾. En segundo lugar, la proposición de antecedentes iusfilosóficos en la formulación de la teoría (como hace Jakobs al recurrir a Kant y Hobbes) evidencia la pretensión de construir una base que fundamente la misma. En esa medida, se trata de una concepción de orden axiológico y valorativo, que tiene como objeto (utilizando el supuesto sustento de las tesis contractualistas de la formación del Estado) plantear la existencia y legitimidad de una legislación de lucha contra los denominados delincuentes de alta peligrosidad, que ponen en riesgo la bases del orden social. En tercer lugar, entiendo que la teoría de Gunther Jakobs no se basa en meros tipos ideales⁽²³⁾, sino que se trata de una teoría construida en base a conceptos normativos y no meramente descriptivos o naturalísticos, lo que implica una valoración.

En mi opinión, no resulta posible para el penalista limitarse a efectuar una mera descripción de una tendencia que socava los fundamentos del ordenamiento penal democrático como es la legislación de lucha indiscriminada contra el enemigo. Así, la postura ambigua del penalista o su mero no cuestionamiento ya constituyen una legitimación.

7. Análisis crítico del Derecho Penal del enemigo

Personalmente, considero que proponer un Derecho penal del enemigo encuentra insuperables limitaciones de orden intra-sistémico y de orden extra-sistémico.

7.1. Modelos de sistema

A fin de analizar las limitaciones del Derecho Penal del enemigo, cabe establecer que existen al menos dos formas de entender el sistema jurídico. Una que lo plantea como sistema cerrado y autorreferencial, ajeno a cualquier influencia directa del sistema político. Otra que entiende que en el sustrato del Derecho existe una función de orden político, un motivo “por el qué y para el qué” existe el Derecho.

7.1.1. Modelo cerrado

La teoría de sistemas de Luhmann⁽²⁴⁾ propone la existencia de un sistema jurídico cerrado, autogenerador de su propia información y procedimientos. En suma, un sistema jurídico en el que los elementos de orden político constituyen su entorno y son ajenas a la atención del Derecho. Sostiene Luhmann que, “como sistema cerrado, el Derecho es completamente autónomo al nivel de sus operaciones. Sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al referirse a esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a

(21) JAKOBS, Gunther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Óp. cit.*; pp. 47-48.

(22) JAKOBS, Günther. *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: ARA, 2005; p. 70.

(23) AMBOS, Kai. Derecho Penal del enemigo. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.*; p. 140. Acota Feijóo Sánchez que “la aportación de Jakobs no siempre se limita a ser descriptiva y, por ello, a diferencia de Silva no habla de una tendencia expansiva ilegítima sino todo lo contrario”. Al respecto, véase: FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *El Derecho penal del enemigo y el estado democrático de Derecho*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.* 2006; p. 805.

(24) Desde la perspectiva de “Facticidad y Validez” del profesor Jürgen Habermas, puede sostenerse que en tesis como la de Luhmann “no existe una referencia a la legitimación externa del Derecho penal, no existe (...) una discusión sobre la validez del derecho, sólo interesa su facticidad, es decir, la producción del derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia”. Se trata de una grave dificultad: basar la legitimidad del Derecho en su existencia (en su facticidad) tiene como consecuencia aceptar de manera acrítica las normas, lo que genera “un estado



Armando Sánchez Málaga Carrillo

las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema⁽²⁵⁾. Según el profesor Arthur Kaufmann, se trata de una teoría en la que el sistema “se legitima y reconoce por sí mismo (mediante procesos de enseñanza) (...). No importa que la justicia se realice (ella no existe), sino que el sistema funcione, mientras reduzca complejidad social⁽²⁶⁾. Añade el profesor Bernardo Feijoo que, según la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, “el proceso de modernización de la sociedad se caracteriza por ser un proceso de diferenciación funcional que se concreta en la diferenciación de una serie de subsistemas que cumplen una (y sólo una) función con un código y un programa propios⁽²⁷⁾. Concluyen Rodríguez y Arnold que, para la teoría sistémica, “el derecho debe dejar de operar sobre la base del derecho natural o sobre la base de un supuesto consenso social; debe positivizarse, y con ello apartarse de los aspectos morales y despolitizarse. Ningún otro sistema opera de esta manera. Lo justo se diferencia de lo no justo a través de decisiones que son internas al sistema legal⁽²⁸⁾. En suma, sólo el Derecho puede decir lo que es derecho, no permitiendo la ingerencia de consideraciones de orden político, social o económico.

7.1.2. Modelo abierto

Para otro sector de la doctrina, el modelo cerrado aísla el derecho y lo reduce a la mera función de aplicación del mismo, obviando por completo la referencia a variables

ajenas al procedimiento interno que otorguen legitimidad a los contenidos de las normas jurídicas y creando un Derecho de contenidos circulares. El profesor Jürgen Habermas⁽²⁹⁾ postula entonces la necesidad de que la racionalidad tecnológica (o instrumental), que se manifiesta en la idea del “sistema”, posea una fuente de legitimidad, la cual no debe darse en el sistema mismo, sino en el “mundo de la vida”, que constituye la racionalidad intersubjetiva (o comunicativa), que se encuentra ligada a la actividad política, a la praxis, en la que el acuerdo resultante del discurso racional es el que expresa contenidos con los que todos podemos estar de acuerdo.

En mi opinión, resulta entonces más adecuada la corriente de postulados que sostienen la necesidad de considerar un sistema jurídico abierto a valoraciones de orden político criminal⁽³⁰⁾. Ello por los siguientes motivos:

- a) Los conflictos jurídico penales son resueltos generalmente por un juez penal, que utiliza el razonamiento jurídico y no la mera aplicación de normas para resolver.

de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la científicidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa”. Véase: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales. En: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y Adán NIETO MARTÍN (coordinadores). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. La Mancha-Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003; pp. 107 y siguientes.

(25) LUHMANN, Niklas. *El Derecho como sistema social*. En: GOMEZ-JARADIEZ, Carlos (editor). *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara, 2007; pp. 104 y 105.

(26) KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999; p. 471.

(27) FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. La normativización del Derecho Penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? Lima: ARA, 2007; pp. 36 y 37.

(28) RODRIGUEZ, Darío y Marcelo ARNOLD. *Sociedad y teoría de sistemas*. 4ta. edición. Santiago: Universitaria, 2007; p. 176.

(29) El desarrollo de la teoría del discurso y su aplicación al Derecho, en: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2da. edición. Madrid: Trotta, 2000. Al respecto, véase HABERMAS, Jürgen. *El Estado de Derecho democrático: ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?* En: HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta, 2004; pp. 150 y siguientes. Una perspectiva crítica de Habermas, especialmente con referencia a que su teoría sería una de la justicia, más no de la validez jurídica, en: GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997; pp. 22 y siguientes.

(30) Al respecto, véase: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007; p. 42.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

- b) Todo conflicto jurídico penal involucra seres humanos y relaciones personales, por lo que está en juego la dignidad de estas personas, que no es una consideración meramente jurídica, sino que involucra valoraciones de orden político y social.
- c) No atenerse a valoraciones de orden político criminal, implicaría la tecnificación absoluta del problema penal, lo que generaría el riesgo de incurrir en el decisionismo y la arbitrariedad.
- d) Únicamente contando con un sistema jurídico abierto, se puede atender a la necesidad de progresiva modificación del ordenamiento jurídico de acuerdo a la variación de los consensos sociales.

Al respecto, el profesor Silva-Sánchez concluye que “la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo”⁽³¹⁾.

7.2. Sistema de la teoría del delito del profesor Günther Jakobs y valoración intra-sistemática del Derecho Penal del enemigo

Si bien algún autor muestra su desacuerdo con vincular la teoría de Günther Jakobs con los postulados de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann⁽³²⁾, lo cierto es que la propuesta de sistema de delito del primero encuentra elementos en común con la propuesta de sistema jurídico cerrado⁽³³⁾. Ante tal circunstancia, resulta necesario establecer si la propuesta del Derecho penal del enemigo es coherente con el sistema de delito en

el que se enmarca. En mi opinión, el Derecho penal del enemigo comprende información de orden político, no generada exclusivamente por el Derecho, motivo por el cual no guarda coherencia con el mantenimiento de un sistema jurídico cerrado, autorreferente y autopoiético.

¿Dónde reside la claudicación de Jakobs con sus postulados funcionalistas sistémicos? Cuando reconoce que no ha inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que ha “intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y de otros preceptos”⁽³⁴⁾. Aquí reside la principal contradicción: ¿no se suponía que no tenía nada que ver el poder, menos aún el político, en la configuración de lo jurídico? ¿No se entendía que la calificación del enemigo debería tener bases meramente normativas y no debía ser producto de la arbitrariedad del legislador? Pero la calificación de enemigo, según reconoce el propio Jakobs, deriva del poder y no directamente de la sociedad. Es más, agrega que la razón de la denominación Derecho penal del enemigo “está en el legislador, que configura el aseguramiento formalmente como Derecho penal”⁽³⁵⁾.

Por otro lado, puede observarse en el postulado del Derecho penal del enemigo un salto inexplicable del “ser” al “deber ser” y así su incursión en una falacia normativista⁽³⁶⁾. En esa línea, opina el profesor Eduardo Demetrio que

(31) SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*. En: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y Adán NIETO MARTIN (coordinadores). *Óp. cit.*; p. 26.

(32) Así: GRACIA MARTIN, Luis. *Óp. cit.*; pp. 256 y 257.

(33) Al respecto, cabe recordar que hace casi dos décadas el profesor Jakobs sostenía principios jurídicos incompatibles con el Derecho Penal del enemigo al señalar que “la decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal (...) es impotente frente a los cambios políticos de valores”. Véase al respecto: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas, 1996; pp. 40 y siguientes.

(34) JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIA. *Óp. cit.*; p. 105.

(35) *Ídem.*; p. 109.

(36) Falacia normativista es aquella que confunde la validez con la efectividad, no permitiendo tomar conciencia de la ineffectividad de las normas válidas. Ver más en: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2da. edición.



Armando Sánchez Málaga Carrillo

“(…) desde el punto de vista metodológico, esta teoría deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el salto del ser al deber ser. O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia. Por el contrario, el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el ser con su deber ser a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”⁽³⁷⁾.

7.3. Análisis extra sistémico del Derecho penal del enemigo

Partiendo de la idea de que el Derecho penal del enemigo involucra un enfoque extra sistémico del derecho, podría pretenderse sostener esta doctrina a través de tres ideas distintas:

- a) En el marco del Derecho constitucional, podría ser postulado como una especie de Estado de excepción que tendría como objeto proteger el ordenamiento constitucional. Sería una forma “constitucionalmente viable” de dar cabida al Derecho penal del enemigo dentro de nuestro ordenamiento jurídico.
- b) Desde la óptica de las teorías contractualistas de la conformación del Estado, podría entenderse el Derecho penal del enemigo como un mecanismo para garantizar la vigencia del contrato social. Es la opción propuesta por el profesor Jakobs.
- c) Desde la perspectiva de las doctrinas del “emergencialismo”, encontraría legitimidad como ejercicio del derecho a la seguridad de los ciudadanos. Es la opción de los “defensores políticos” del modelo.

Como a continuación pretendo demostrar, ninguna de las tres explicaciones resulta satisfactoria, por lo que *no debe* admitirse el Derecho penal del enemigo.

7.3.1. El Derecho penal del enemigo no es una forma de Estado de excepción

El presupuesto fundamental del Estado de excepción, institución del Derecho constitucional, es la protección del ordenamiento constitucional. Para su configuración legítima, se exige el cumplimiento de dos requisitos. Por un lado, es necesario que cumpla con su finalidad: preservar el Estado Social y Democrático de Derecho, entendido como aquel en el que el poder punitivo se encuentra limitado por principios constitucionales (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, mínima intervención)⁽³⁸⁾. Se sostiene que la declaración de dicho Estado ha de constituir la reafirmación del régimen constitucional. Al respecto, el profesor Pérez Royo aduce que “la finalidad del derecho de excepción no puede ser otra que la que tiene la excepción en el terreno de la lógica en general: la de confirmar la regla (...) no tiene sentido nada más que para volver a la normalidad”⁽³⁹⁾. Por otro lado, según expone Fernández Segado, “el estado de excepción ha de ser declarado por un breve período de tiempo: sólo el estrictamente necesario para la conjugación de la amenaza y el restablecimiento del normal funcionamiento de las instituciones, si es que éstas hubieran sido alteradas”⁽⁴⁰⁾.

Madrid: Trotta, 2005; p. 290; FERRAJOLI, Luigi. *Gentismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006; p. 20.

(37) DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.* 2006; p. 506.

(38) La mejor explicación de este modelo de Estado en: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 9na. edición. Barcelona: Reppertor, 2011; pp. 103 y siguientes.

(39) PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9na. edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003; p. 1078.

(40) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Estado de Excepción en el Derecho constitucional español*. Jaén: EDERSA, 1977; p. 64.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

A partir de ello, se observa que el Derecho penal del enemigo no constituye un supuesto de Estado de excepción, ya que no tiene una finalidad protectora del ordenamiento constitucional y, menos aún, carácter temporal. Así:

- a) El Estado de excepción tiene como finalidad el mantenimiento del orden constitucional y el reforzamiento de sus principios fundamentales, mientras que el Derecho penal del enemigo socava y desmantela el Estado democrático de Derecho.
- b) Mientras que el Estado de excepción tiene a la dignidad humana como límite y como objeto de protección primordial, el Derecho penal del enemigo configura un modelo de Derecho penal de autor, que niega la dignidad humana. Ello toda vez que utiliza a personas a quienes convierte en “enemigos” como medio para lograr la finalidad estatal de “seguridad”.
- c) Mientras que el Estado de excepción constituye un mecanismo transitorio de restricción de derechos, el Derecho penal del enemigo constituye un conjunto de normas que se materializan con vocación de permanencia, más aún cuando genera una legitimación del combate contra los efectos del problema social, el cual no analiza ni pretende solucionar, con lo que el combate se convierte en permanente. La doctrina del Derecho penal del enemigo no constituye la configuración transitoria de cierta normativa de lucha, sino el establecimiento con vocación de permanencia de un modus operandi estatal, que evoque como principio fundamental del Estado la delimitación de distintas clases de sujetos.

En consecuencia, el modelo del Derecho penal del enemigo no puede asimilarse (ni siquiera parcialmente) a la figura del Estado de excepción, que encuentra reconocimiento en

las Constituciones Políticas de los Estados Constitucionales (cuya base es el respeto de la dignidad humana) como mecanismo temporal de superación de estados de necesidad y peligro para el reestablecimiento del ordenamiento constitucional democrático.

7.3.2. El Derecho penal del enemigo no encuentra fundamento en el contrato social Hurgu Jakobs en la obra de Kant *Sobre la paz perpetua*⁽⁴¹⁾ y en sus presuntamente controvertidos pasajes acerca de aquellos que no se dejan obligar a entrar en una constitución ciudadana. Según Günther Jakobs: “(Kant) dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede, legítimamente, proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva ...(de la) seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu injusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad”⁽⁴²⁾. Para Jakobs, dicha cita implica concluir que Kant postuló la existencia de un Derecho penal del enemigo, que habilita a expeler al individuo de la sociedad o a no tratarlo como persona, sino como enemigo⁽⁴³⁾.

En mi opinión, existen valiosas razones para entender que dicha conclusión es contraria a los fundamentos de la teoría de Kant. En primer

(41) El profesor Habermas presenta una perspectiva crítica del texto *Sobre la paz perpetua*, señalando que Kant desarrolló su teoría en el contexto y en base a la experiencia de su época, lo que no impide reconocer que la idea de Kant no ha cesado de evolucionar. En: HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*. Paris: *Les éditions du Cerf*, 1996.

(42) JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIA. *Óp. cit.*; pp. 31-32.

(43) Al respecto, el profesor Bernd Schünemann sostiene que la concepción del enemigo de Kant está orientada a la discusión sobre la guerra justa, así: “La concepción de Kant de Derecho penal, acerca de lo cual Jakobs no dedica una palabra, está muy lejos de toda posibilidad de hacer una interpretación en el sentido de un Derecho penal del enemigo. Acerca de la posibilidad citada por Jakobs de la expulsión de la sociedad, Kant curiosamente no hace referencia a ella cuando se refiere



Armando Sánchez Málaga Carrillo

lugar, la propuesta del profesor Jakobs choca frontalmente con Kant como claro defensor de la persona y de su dignidad. Debe recordarse que "(...) Kant precisa que si bien el delincuente puede perder su personalidad civil, nunca puede perder su "personalidad innata", que lo protege de ser mezclado entre las cosas, es decir, de ser tratado sólo como un medio y no como un fin en sí mismo"⁽⁴⁴⁾. Así, la *personalidad innata* es algo que nunca se pierde. Ni el criminal más peligroso, ni el delincuente más "repulsivo" pierden nunca dicha personalidad. Dicho estado es lo que permite a todo ser humano acceder siempre a un debido proceso, en el que se le juzgue adecuadamente y se le permita ejercer su defensa para así evitar ser sancionado arbitrariamente. Luego de dicho debido proceso es que el ser humano podrá perder la personalidad civil, al ser condenado a la privación de su libertad⁽⁴⁵⁾. Entonces, no es admisible entender que Kant proclama la existencia de un Derecho que instrumentalice a un grupo de seres humanos y que anule su personalidad innata, la cual es propia del ser humano por el mero hecho de ser tal.

En segundo lugar, en *La Metafísica de las Costumbres*, Kant postula la imposibilidad de avalar la actuación de un Estado en contra de sus ciudadanos. Así, señala que "al Estado al que se le hace la guerra le está permitida toda clase de medios de defensa, excepto aquéllos cuyo uso incapacitaría a sus súbditos para ser ciudadanos; porque entonces, según el derecho de gentes, se incapacitaría a la vez a sí mismo en las relaciones entre los Estados para valer como persona (que participara con otros de derechos iguales)"⁽⁴⁶⁾. El fundamento para ello es que el hombre y, "en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo y no sólo como medio

para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin es sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales"⁽⁴⁷⁾. Es decir que el hombre (no la persona, tampoco el ciudadano, ni ninguna otra construcción meramente jurídica) es por el hecho de ser hombre (por su propia naturaleza), titular de "algo" que hace necesario e imperativo tratarlo como fin en sí mismo y no instrumentalizarlo como si fuera del mundo de las cosas. Ese "algo" evoca a lo que en la actualidad se maneja como concepto de dignidad o, en todo caso, a una intangibilidad inherente al ser humano. Así, respecto de la pena judicial (*poena forenses*), la cual diferencia Kant de la pena natural (*poena naturales*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, sostiene lo siguiente: "no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil"⁽⁴⁸⁾.

a la rebelión, que sería el clásico equivalente del actual terrorismo. Sin embargo, justamente a la inversa, hace referencia a la expulsión de la sociedad cuando se refiere a las relaciones sexuales con animales, las que no lesionan los derechos de otros y, por tanto, no pueden representar una enemistad con el Derecho. Según Kant, la comisión de un delito convierte a quien lo comete en *incapaz de ser ciudadano del Estado*. Pero en su concepción el Estado no reaccionaría con la expulsión o con alguna medida protectora de la sociedad, es decir, dirigida a un fin, sino exclusivamente con la pena retributiva. Por tanto, debe considerarse que las expresiones de Kant sobre el enemigo justo o injusto tienen sentido sólo en relación con la pregunta acerca de la guerra justa, y en este marco se encuentran esas expresiones en la obra de Kant citada por Jakobs *Sobre la paz eterna*". Véase SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: IDEMSA, 2006; pp. 189-190.

- (44) VAN WEEZEL, Alex. *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.*; p. 1063.
- (45) Comparto la visión kantiana, de la cual extraigo ciertas pautas para plantear una alternativa al Derecho Penal del enemigo.
- (46) KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989; p. 187.
- (47) KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 16ta. edición. Madrid: Espasa Calpe, 2004; p. 102.
- (48) KANT, Immanuel. *Óp. cit.* 1989; p. 166.

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

En tercer lugar, obvia Jakobs el hecho de que Kant es un defensor de la paz como la finalidad más relevante del Estado y sostiene que el exterminio (medio del Derecho penal del enemigo) no puede ser la finalidad de la guerra. Así, no debe olvidarse que para Kant sólo a través del derecho se consigue la paz y sólo en un escenario de paz hay derecho. Al respecto, sostiene Gonzalez Vicen que “con la afirmación de que el fin esencial del Estado es la conservación de la paz y del Derecho, Kant no sólo renueva la vieja idea germana del Estado, sino que da expresión a una de las convicciones más sustanciales sobre las que descansa todo su pensamiento: la idea de un orden inmanente en el ser del hombre. Para el Estado-Policía del absolutismo ilustrado la misión del político es establecer entre los hombres un orden que no existe, un orden que quizá existió una vez, pero que los errores y la maldad de los hombres han desvirtuado. El hombre no es capaz de dar por sí mismo forma a este orden; la tarea corresponde sólo al Estado, el cual, por eso, determina y preforma todas las esferas de la actividad y de las creencias individuales. El Estado en el sentido kantiano presupone siempre, en cambio un “orden natural” surgido de la libre determinación ética de los individuos. El cometido del Estado es tan sólo el de transformar este orden espontáneo en un orden inviolable y permanente; no de crearlo, sino de revestirlo de sanción. Este orden así dotado de certeza es el fin último de la historia, lo que le presta sentido y la hace racionalmente inteligible”⁽⁴⁹⁾.

Por último, debe tenerse en cuenta que, para Kant, el derecho de los hombres ha de ser mantenido como cosa sagrada, por muchos sacrificios que se le imponga al poder dominador. En esa medida, el político que discrimina seres humanos y determina la existencia de enemigos del orden es un *moralista político* que Kant rechaza y frente al cual debe prevalecer el Derecho que permite la convivencia de las libertades de todos los seres humanos. Sostiene rotundamente Kant que “de todos estos circunloquios de una teoría inmoral de la prudencia para el establecimiento del estado de paz entre los hombres, partiendo del estado natural de guerra, se desprende al menos lo siguiente: que *los hombres no pueden prescindir del concepto de derecho*, ni en sus relaciones privadas ni

en las públicas y no se atreven abiertamente a basar la política en medidas de habilidad, negando obediencia al concepto de un derecho público (lo que llama la atención, ante todo, en el concepto de derecho de gentes); le tributan, por el contrario, en sí mismo, todos los honores, aunque inventen cientos de excusas y escapatorias para eludirlo en la práctica y atribuir al astuto poder la autoridad de ser el origen y el lazo de unión de todo el derecho. Para poner término a tanto sofisma (aunque no a la injusticia que amparada en esos sofismas) y para hacer confesar a los falsos representantes de los poderosos de la tierra que no es el derecho lo que defienden, sino el poder, del que toman el trono como si ellos mismos tuvieran algo que mandar, será bueno descubrir y mostrar el supremo principio del que arranca la idea de la paz perpetua: que todo el mal que la obstaculiza proviene de que el moralista político comienza donde el político moralista termina y hace vano su propio propósito de conciliar la política con la moral, al subordinar los principios al fin (es decir, engancha los caballos detrás del coche)”⁽⁵⁰⁾.

Jakobs no sólo recurre a la teoría de Kant, sino que busca también en la obra de Thomas Hobbes⁽⁵¹⁾ un antecedente histórico del Derecho penal del enemigo. Llama la atención que se recurra como fundamento a dos teorías distantes y distintas como son las de Kant y Hobbes, motivo adicional para cuestionar la argumentación del profesor Jakobs. Ahora bien, respecto de la vinculación del Derecho penal del enemigo con la obra de Thomas Hobbes, considero que tampoco resulta adecuada por los siguientes motivos. En primer lugar, si bien para Hobbes podría

(49) GONZALEZ VICEN, Felipe. *La filosofía del Estado en Kant*. En: Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Marcial Pons: Clásicos del pensamiento jurídico, 1997; pp. 145-146.

(50) KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 2001; pp. 91-92.

(51) HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2da. edición en español. 14ta. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2006; pp. 40-41.



Armando Sánchez Málaga Carrillo

existir una legítima opresión del enemigo, ello ocurre en el estado de naturaleza, escenario en el que no hay cabida para el Derecho, sino para la mera violencia. En ese sentido, quizás para Hobbes sea admisible la violencia contra el sujeto en estado de naturaleza, pero dicha violencia no es “Derecho”, no forma parte del “Leviatán”, ni menos aún es consecuencia del actuar de un soberano legítimo⁽⁵²⁾. En segundo lugar, el postulado del Derecho penal del enemigo es contrario a una serie de principios penales presentados por Hobbes, como es el caso de su máxima que sostiene que el mal infligido por la autoridad pública, sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de *pena*, sino de *acto hostil*. Así, es claro al señalar Hobbes que “el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados como actos de hostilidad”⁽⁵³⁾. En tercer lugar, para Hobbes, la misión del soberano es garantizar la paz, la seguridad y la vida de sus súbditos. En esa línea, si bien podría entenderse que dicho autor admite la eliminación de los enemigos del Estado, Hobbes no admitiría jamás un “Derecho” que, para lograr dicho fin, pusiera en riesgo a los súbditos (ciudadanos) y más aún su libertad y seguridad personales. Así, al ser que el Derecho penal del enemigo coloca a los ciudadanos en la situación de riesgo de ser considerados enemigos, se trataría de NO-Derecho, pues sería la norma de un soberano que ya no es legítimo, es más, de un soberano

que ya no es tal, pues ya no garantiza ni la paz, ni la seguridad y, menos aún, la vida de sus gobernados. No basta entonces la mera intención expresada por el profesor Jakobs en el sentido de que su teoría permitiría separar el Derecho penal del enemigo del Derecho penal del ciudadano, si es que no explica cómo opera dicha separación y, es más, si se evidencia la imposibilidad de efectuarla⁽⁵⁴⁾.

7.3.3. El Derecho penal del enemigo no encuentra fundamento en su eficacia

Una estrategia de lucha como la propuesta por el Derecho penal del enemigo no resulta eficaz, ya que la lucha destruye, cuando lo que se necesita es construir una sociedad “de” y “para” todos. Desde la perspectiva extra sistémica, el Derecho penal del enemigo no es un derecho contra el enemigo, menos aún del ciudadano contra los peligros, sino un real derecho contra el ciudadano y su marco de libertades fundamentales, generador de más violencia en la sociedad. Sustento mi tesis en tres motivos.

En primer lugar, un Derecho penal del enemigo genera absoluta inseguridad jurídica en su aplicación, pues no se define objetivamente quién es el enemigo⁽⁵⁵⁾ ni se establecen los límites de actuación del Estado frente al

(52) De una opinión distinta es el profesor Luis Gracia Martín, quien sostiene que “tal vez sea en Hobbes donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente”. En: GRACIA MARTIN, Luis. *Óp. cit.*; pp. 221 y siguientes.

(53) HOBBS, Thomas. *Óp. cit.* 2006; pp. 256 y 257.

(54) Existen más argumentos que evidencian que el Derecho penal del enemigo no puede fundamentarse en las teorías contractualistas, que por razones de espacio me limito a citar. Así, en primer lugar, la propuesta del Derecho penal del enemigo no toma en consideración el contexto en el que surgen las teorías contractualistas, las cuales tienen como objeto fundamental la construcción del Estado y no su mantenimiento. Asimismo, los postulados contractualistas son incompatibles con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, que no comparte la perspectiva individualista de las primeras. Por otro lado, la propuesta del Derecho penal del enemigo obvia la distinción esencial de las teorías contractualistas entre el estado de naturaleza y el estado de la constitución civil o del pacto social; lo que implica la evasión intencional de la consecuencia fundamental de postular que el enemigo se encuentra en estado de naturaleza: su legitimidad. Finalmente, la materialización de la teoría del Derecho penal del enemigo ocasiona la degeneración de la legitimidad del poder público, ya que, al excluir al enemigo de los derechos de la persona, reduce al ser humano a un medio para satisfacer fines estatales o comunitarios (en este caso, la seguridad común). Por lo tanto, la aplicación del Derecho penal del enemigo genera la destrucción del Derecho del ciudadano.

(55) Abanto sostiene que “queda el problema de la instancia definidora: ¿quién define al “enemigo”?; ¿debe haber un proceso especial para ello?; ¿qué pasa en casos de error?; ¿se puede dejar de ser “enemigo” alguna vez?; ¿quién controlaría esto?

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

enemigo. Además, la definición del enemigo está a cargo de quien tiene enemigos naturales, esto es, de quien detenta el poder político, cuyos riesgos se ponen en evidencia al analizar las normas que criminalizan la protesta social. En segundo lugar, la propuesta del Derecho penal del enemigo no asume la realidad. Por el contrario, la evita, construyendo un discurso que “asolapa” los problemas concretos de la sociedad. Lo ajeno a la realidad de este discurso de la “emergencia” sirve realmente para encubrir las deficiencias del legislador: oculta las diferencias sociales y la carencia de políticas sociales que hagan frente a aquellas⁽⁵⁶⁾. Finalmente, la propuesta del Derecho penal del enemigo no permite un sentido crítico de la realidad. Al respecto, no debe olvidarse además el peligro que entraña esta teoría, como bien sostiene Muñoz Conde: “no parece (...) que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente pretende dirigirse, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías, ni por ningún otro. Puede ser que, incluso, les legitime en sus ataques al Estado el que éste ya de antemano, los excluya y los califique como ‘no personas’⁽⁵⁷⁾”.

A partir de ello, me pregunto si no será que el Derecho penal del enemigo pretende, como respuesta final y conservadora promovida por un legislador con interés en preservar el statu quo, que no se analice ni se enfrente (y, evidentemente, que no se solucione) el problema social que subyace como presupuesto de su postulación.

8. Propuesta

Como se ha visto, el Derecho penal del enemigo constituye una maquinaria destinada a anular la base de los derechos fundamentales y, en específico, la personalidad innata del ser humano. Se trata del apremio de un legislador que, sin el afán de afrontar el problema social, se sumerge en la mera arbitrariedad y recibe del simbolismo de su actuar una aparente legitimidad política. La mayor virtud de la obra de Günther Jakobs es sin duda el haber generado la necesidad de dar respuesta a la pregunta de qué hacer frente al delincuente de alta peligrosidad. Considero entonces necesario plantear un plan de acción alternativo al Derecho Penal del enemigo, que parta de tres premisas⁽⁵⁸⁾:

- a) La asunción del paradigma de Democracia Constitucional, en el que el principio de las mayorías está delimitado por la noción de derechos fundamentales⁽⁵⁹⁾.
- b) La adopción de un concepto de libertad individual acorde con dicho paradigma y que considere que la seguridad ciudadana forma parte del derecho fundamental de

La inseguridad que traería consigo todo esto sería tan grande que, aparte de los detentadores del poder y sus allegados, nadie estaría seguro de ser etiquetado alguna vez como “enemigo”, por error o por mala fe”. Véase: ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.*; p. 24.

(56) MOCCIA, Sergio. *Seguridad y sistema penal*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.*; p. 303.

(57) MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores). *Óp. cit.*; p.365.

(58) Se trata de tres premisas que son acordes con planteamientos centrales de Immanuel Kant a saber: la imposibilidad de tratar como cosas (como medios, como focos de peligro) a los seres humanos; la imposibilidad de formular excepciones sin el riesgo de recaer en el imperativo hipotético; y la plena vocación por la paz perpetua, que debe ser considerada el fin último de la teoría del Derecho dentro de los límites de la razón. Asumir los postulados individualistas de Kant, a nivel de teoría política, para establecer un referente de legitimidad del contenido de las normas jurídicas, no impide establecer, a nivel de construcción teórica, un paradigma sistémico, siempre y cuando este ostente una concepción de sistema abierto.

(59) Al respecto, véase: LANDAARROYO, César. *La forma de gobierno en el Perú. Texto adaptado del libro Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999. Publicado en: Materiales de enseñanza de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006.



Armando Sánchez Málaga Carrillo

libertad. El razonamiento deberá entonces ser: “si A (yo) es libre y B (el otro) no lo es, entonces A no es realmente libre, pues es esclavo de la esclavitud de B, quien (siguiendo a Hobbes) aún se guía por apetitos y aversiones, las cuales las dirige hacia A que se “manifiesta libre”⁽⁶⁰⁾. En otras palabras, sin seguridad no hay libertad, y sin libertad no hay seguridad.

- c) La comprensión de la función del sistema penal como conjunto de mecanismos de protección de la personalidad innata del ser humano sometido a la justicia penal.

El plan de acción alternativo que se propone implica tres pasos:

Primero.- El Derecho penal no suele ser un arma eficaz de solución del problema social, por lo que deben aplicarse tres pautas orientadoras en la discusión respecto de la posibilidad de aplicar el Derecho penal a un determinado conflicto:

- a) Si existen elementos que permiten dudar de que el público objetivo de la norma jurídico penal considerará legítima la intervención del ordenamiento jurídico.
- b) Si la aplicación de la norma se presta a una indebida utilización por parte de sus creadores, aplicadores y ejecutores; prestando atención a evitar el uso meramente político del Derecho penal.
- c) Si la norma jurídico penal se propone (como principal) una misión distinta a la protección de la personalidad innata del ser humano sometido a la justicia penal o distinta a la protección de un bien jurídico derivado de la Constitución.

Segundo.- Una vez determinada la aplicabilidad de una norma, deberá pasar la misma por un “test de funcionalidad”, que mida si la norma jurídico penal en el caso concreto está cumpliendo con una función adecuada frente al problema que el Estado se ha propuesto afrontar. Para ser legítima, la norma deberá entonces:

- a) Proteger los derechos fundamentales del ser humano sometido a la justicia penal, así como de los demás participantes del proceso.
- b) Procurar una solución definitiva y no una solución final⁽⁶¹⁾ al conflicto.
- c) Negar la excepcionalidad, que habilita la ilegítima vulneración de la personalidad innata del ser humano.

Tercero.- Una vez superados los test de aplicabilidad y de funcionalidad de la norma jurídico penal, debe asumirse un Derecho Real que no sólo atienda a la manifestación del problema social (el efecto: delito), sino que, en la medida de sus posibilidades, afronte la problemática global (causas del delito). La única forma de lograr que el contexto normativo rija por sí mismo (es decir, que el Derecho sea Real) es a través de *una estrategia de prevención y reacción, que se propone frente a la estrategia de lucha que propone el Derecho penal del enemigo*. Así, el Derecho debe optar por una política social de prevención⁽⁶²⁾ y, en segundo lugar, si y solo si está supeditada a la existencia de una política de atención de las causas del fenómeno de peligrosidad, la implementación de una estrategia jurídica de reacción (que involucre un Derecho controlador de peligros y un Derecho de prevención policial supervisado).

- a) El *Derecho controlador de peligros* tiene como objetivo afrontar aquellos casos de delinuentes que constituyen un permanente foco de peligro para la sociedad y para el ordenamiento democrático, a los que Jakobs denomina

(60) Al respecto, véase: BERLIN, Isaiah. *Libertad y Necesidad en la Historia*. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1974.

(61) Al respecto, véase: ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), *Óp. cit.*; p. 1119.

(62) Se comparte la idea del profesor Santiago Mir acerca de que la mejor política criminal es una buena política social. En: MIR PUIG, Santiago. *Óp. cit.*

El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana

erróneamente “enemigos”. La diferencia con la teoría de Jakobs es que considero que el problema debe afrontarse desde una perspectiva *ex post*, es decir, luego de que exista una sentencia condenatoria que haya tenido como base un debido proceso⁽⁶³⁾. En esa línea, no niego que podrían existir “enemigos” del ordenamiento democrático (o, mejor dicho, seres humanos que representan un peligro permanente en la sociedad; por ejemplo, los miembros de organizaciones terroristas). Sin embargo, defendiendo el postulado de que un acusado (el cual es siempre un ser humano con personalidad innata inalienable, a quien se le presume inocente por mandato constitucional) no debe ser nunca tratado como enemigo, pues no existe certeza de su condición jurídica⁽⁶⁴⁾. Es recién al momento de la imposición de una sentencia condenatoria, sustentada en la obtención de pruebas de cargo que han sido producto de un debido proceso conforme a la Constitución (con todas las garantías que el ser humano, por su personalidad innata, léase dignidad humana, posee), que podría admitirse el establecimiento de consecuencias más gravosas para los individuos condenados más peligrosos. Sería en todo caso una norma de rango constitucional la que, a través de un sistema de *numerus clausus*, establezca quiénes son los sujetos que, una vez recibida la condena, podrían ser sometidos a un régimen especial de sanción, de mayor duración, sujeto a beneficios penitenciarios limitados.

Y sería luego un juez de ejecución el encargado de controlar el otorgamiento o negación de los beneficios penitenciarios al condenado peligroso⁽⁶⁵⁾.

En principio, considero que el mayor carácter gravoso en la ejecución penal debe estar reservado únicamente para los casos de organizaciones terroristas⁽⁶⁶⁾, ya que se trata de seres humanos que niegan los procedimientos electorales democráticos y las decisiones a favor de los derechos de las mayorías y de las minorías. Pero principalmente porque existe un sentido de pertenencia a la organización terrorista que la sanción penal difícilmente va a debilitar.

En consecuencia, esta propuesta elimina el peligro de la indeterminación y es respetuosa de la seguridad jurídica, al aplicar el régimen más severo únicamente a aquellos que se ha probado que han atentado contra el ordenamiento democrático y constitucional⁽⁶⁷⁾, es decir, a aquellos que han actuado contra los

-
- (63) Así, desde una perspectiva de teoría política, en la misma línea de Immanuel Kant, propugno que la personalidad innata es algo que nunca se pierde. Ni el criminal más peligroso, ni el delincuente más “repulsivo”, pierden nunca dicha personalidad. Dicho estado es lo que permite a todo ser humano acceder siempre a un debido proceso, en el que se le juzgue adecuadamente, ejerza su defensa y no sea sancionado arbitrariamente.
- (64) El profesor Gracia Martín sostiene que debe evaluarse primero “si la condición de enemigo, con la correspondiente pérdida de personalidad o de ciudadanía, es una de la que ya es portador el individuo en el momento de realizar algún hecho típico del Derecho penal del enemigo (...) en cuyo caso la sentencia tendrá un valor meramente declarativo de una situación anterior, o si, por el contrario, es una condición que se le carga al sujeto con posterioridad, esto es, como consecuencia de la sentencia condenatoria”. Para Gracia Martín, el resultado de dicho proceso será el propio Derecho penal del ciudadano, el que el ser humano sujeto a la justicia penal ha infringido y por el que se le ha juzgado. Al respecto, véase: GRACIA MARTÍN, Luis. *Óp. cit.*; pp. 246 y 281.
- (65) No se obvia que el éxito de la propuesta pasa por revisar la problemática de la formación de los operadores judiciales, por el combate de la corrupción en el sistema de justicia y por la necesaria eliminación de la provisionalidad en la magistratura.
- (66) Cabe recordar que hasta la doctrina más garantista formula sus reservas en la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho penal ante organizaciones terroristas. Así, la profesora Laura Zúñiga precisa que “en los delitos por convicción, pese a que la idoneidad de la pena como instrumento preventiva falla, habría que entender que en los casos en que el merecimiento y la necesidad de pena lo recomiendan, hay que criminalizar porque está en juego la protección de la Sociedad (ejemplo el Terrorismo)”. En: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2002; p. 185.
- (67) Existen distintos criterios para definir a los delincuentes peligrosos (por sus hechos, por la comprobada existencia de organización), quizás el más preciso sea el que prohíba definir la peligrosidad en la ideología o forma de pensar distintas,



Armando Sánchez Málaga Carrillo

procedimientos democráticos y que han atentado contra decisiones a favor de los derechos de las mayorías o de las minorías⁽⁶⁸⁾.

- b) El *Derecho de prevención policial supervisado* pretende ser un paliativo y, eventualmente, reemplazar a las normas de carácter militar que tienen como objeto promover la actuación meramente reactiva y represiva de las fuerzas armadas frente al delito. El Derecho de prevención policial supervisado consistiría en un conjunto de normas de reacción intensificada, sin contenido penal, que (enmarcadas en el ordenamiento democrático) autoricen a los efectivos del orden interno a intervenir con anterioridad a la emisión de la sentencia condenatoria con el objetivo de prevenir la criminalidad organizada altamente violenta. Se trataría de una intervención custodiada por el Poder Judicial⁽⁶⁹⁾ y con dos exclusivos fines. En primer lugar, obtener inteligencia, teniendo en cuenta que “la criminalidad organizada depende de una comunicación interna elaborada, de modo que las tecnologías modernas para controlar la comunicación deben ser indefectiblemente incorporadas a los

instrumentos de persecución penal⁽⁷⁰⁾. En segundo lugar, cortar el financiamiento, asumiendo que la liquidación de bandas terroristas por vía de acciones policiales o militares (de combate) es sumamente difícil y confirmando así que: “desde la perspectiva del Estado, la estrategia más eficaz contra el terrorismo no es prestar excesiva atención y publicidad a sus acciones, sino concentrarse en la eliminación de su infraestructura y su red de financiación⁽⁷¹⁾”.

Este Derecho preventivo resulta esencial ya que (al menos en el caso del terrorismo) no se sabe realmente quién es el adversario y, como sostiene el profesor Habermas, “contra un enemigo que forma redes globales y que opera de una forma descentralizada e invisible, sólo sirve la prevención en otro nivel operativo. De nada sirven aquí las bombas y los misiles, los aviones y los tanques. Sólo es útil la formación de redes internacionales por parte de los servicios de información estatales y las autoridades policiales, los controles de los flujos económicos, y en general el rastreo de conexiones logísticas⁽⁷²⁾”.

En conclusión, he pretendido brindar un panorama del estado actual de la cuestión y proponer (frente al Derecho penal del enemigo) un plan alternativo de acción que, sin duda requiere de mayor desarrollo, pero que se inicia con propuestas más acordes con los parámetros de un Estado Democrático y más respetuosas de la seguridad jurídica de los seres humanos. (34)

ya que “(...) en la democracia, todos tienen derecho a expresar sus propias opiniones si están dispuestos a escuchar las contrarias, pues aquélla descansa en la idea fundamental de tolerancia recíproca”. Al respecto, véase: GRACIA MARTIN, Luis. *Óp. cit.*; p. 272.

- (68) Se trata de la reformulación de un tratamiento penitenciario diferenciado de acuerdo a las posibilidades de eficacia del mismo y teniendo siempre como límite la dignidad humana.
- (69) Según el texto “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica”, para el profesor Schünemann, la tarea de esta policía de la inteligencia debería consistir “en desarrollar instrumentos para la lucha contra el terrorismo que sean contundentes, pero controlados desde la perspectiva de un Estado de Derecho (...)”. Véase: SCHUNEMANN, Bernd. *Óp. cit.*; p. 185.
- (70) SCHUNEMANN, Bernd. *Óp. cit.*; p. 183.
- (71) GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y Santiago REDONDO. *Principios de Criminología*. 2da. edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001; p. 680.
- (72) HABERMAS, Jürgen. *El occidente escindido*. Madrid: Trotta, 2006; p. 38.