

un plus de protección asegurativa. Y eso es el Derecho penal del enemigo. Un plus de aseguramiento que posibilite que la norma jurídico-penal triunfe y no sucumba. Con ello, el ciudadano puede seguir vinculando su bienestar a la protección que la norma le brinda.

2. ¿Qué ha aportado esta formulación de Derecho penal del enemigo tal como usted la plantea?

Mi tesis es la siguiente: el Derecho penal del enemigo tal como lo concibo (que coincide, con matices pero substancialmente, con el planteamiento funcionalista), es un Derecho protector de la norma y del ciudadano y -por tanto- una garantía del Estado de Derecho. De esta tesis que acabo de formular se pueden inferir multitud de cuestiones. Si tú me lo permites, Nicolás, podemos mencionar algunas con un poco de detenimiento. En primer lugar, el Derecho penal del enemigo es consecuencia de la aplicación de la norma a la realidad. Ello quiere decir que las sociedades democráticas actuales tienen diferentes tipos de expectativas sociales: algunas, la mayoría, se satisfacen con un tratamiento penal usual, normal; pero otras requieren de un mayor grado de aseguramiento, precisamente porque en esas situaciones las expectativas están expuestas a un nivel más elevado de vulnerabilidad por parte de la peligrosidad de ciertos sujetos.

En segundo lugar, el Derecho penal del enemigo supone un replanteamiento o -por mejor decir- una aplicación cabal del concepto de norma. Los juristas suelen identificar el concepto de norma con su infracción, con su quebrantamiento. Cuando se habla de norma en Derecho penal se acostumbra a limitar su significado en muchos casos exclusivamente al aspecto negativo: a la infracción de la norma. Así ocurre cuando se habla del delito -concepto central del Derecho penal- que no es más que la negación de la norma. Pero sucede que ésta no es solo quebrantamiento o infracción, sino algo más. O sea, el contenido de la norma no se agota en un aspecto negativo, sino que cumple una función positiva trascendental, cuya relevancia quizá haya sido menospreciada: institucionalizar expectativas y orientar las conductas sociales. Por ejemplo: la intimidad de la morada es, en la sociedad actual, un bien

protegible. Si existiera una sociedad tribal o *hippie* donde todos vivieran en comunidad (en «comunidades») y donde todos pudieran entrar en las casas de todos, entonces la expectativa de proteger la vivienda privada sería inactual. Pero el caso es que en nuestras sociedades existe la expectativa social de mantener la vivienda propia protegida ante el allanamiento ajeno. Y para mantener esa expectativa -la santidad de la morada- dentro de los límites de lo socialmente tolerable la propia sociedad arbitra una norma jurídica, que conmina con una pena la lesión de esa expectativa social: la norma que incrimina el delito de allanamiento de morada. Pero desde luego el contenido de la norma en este caso no se agota en el aspecto negativo, a saber: en el quebrantamiento (delito de allanamiento de morada), sino que la norma tiene un contenido positivo muy relevante: la existencia de la norma indica que en la sociedad actual la santidad de morada sigue siendo un valor protegible, una expectativa actual y vigente que configura la estructura social. La norma es el vehículo que tiene la sociedad para expresar que una expectativa (en este caso: la santidad de la morada) sigue vigente y sigue formando parte de la sociedad: o sea, la norma institucionaliza, oficializa las expectativas sociales. Esto lo podemos generalizar: si uno echa una mirada a las normas de un Estado, podrá ver qué expectativas protege esa sociedad. En nuestros Estados existe la norma que incrimina el delito de allanamiento de morada, ergo existe la expectativa que protege la inviolabilidad de la vivienda, la privacidad del hogar íntimo. Y así con todas las normas institucionalizadas en la sociedad: existe la expectativa de tributar, de no dañar la propiedad ajena, de respetar la libertad de autodeterminación sexual de los demás, etcétera.

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

Pero además, la norma es un instrumento de interrelación dirigido a personas. Ello quiere decir que cuando la norma institucionaliza una expectativa los ciudadanos saben a qué atenerse, qué deben hacer si quieren satisfacer las expectativas sociales, si quieren cumplir las expectativas que la sociedad ha depositado en ellos como miembros del grupo social. O sea, que la norma es un mensaje dirigido a los ciudadanos donde se les comunica cual es el camino que deben transitar si quieren comportarse como ciudadanos respetuosos con las expectativas sociales. La norma es, desde ese punto de vista, un foco, una luz que ilumina un sendero: el sendero que transitan las personas en Derecho, los ciudadanos respetuosos de las normas y, por eso, respetuosos de los demás ciudadanos. En definitiva: la norma no es algo negativo, sino esencialmente positivo: institucionaliza expectativas y orienta las conductas de los ciudadanos en la Sociedad.

Y con ese aspecto positivo se está consiguiendo algo más trascendente: se está posibilitando que los ciudadanos, al saber a qué atenerse, puedan desarrollar en toda su extensión su personalidad en Derecho, lo cual significa: que puedan seguir confiando en la norma como modo de institucionalización de expectativas y como modo de orientación de conductas y también que la norma configura la estructura social, fomentando la existencia de ciudadanos respetuosos de las normas y con cuyas actitud se afianzan las expectativas sociales.

Y, además, de esa cuestión se deriva otra de trascendental importancia. La actitud de cada sujeto ante la norma, ya sea para cumplirla (esto es, para satisfacer la expectativa) ya para infringirla (o sea, para defraudar la expectativa), es algo que no solo le afecta a él sino que trasciende a una instancia supraindividual. Si la cumple, se comporta como persona en Derecho, esto es, como un ciudadano respetuoso de las expectativas y de las normas, y a su vez respeta a los demás como semejantes, como seres racionales, sentando las bases para una convivencia social, de manera que los demás ciudadanos pueden confiar en él precisamente porque está dando la mínima seguridad de respeto de la norma. En tal sentido, el cumplimiento de la norma afecta no sólo al sujeto (que se comporta para sí, intramuros, como un buen ciudadano) sino a toda la sociedad: porque está favoreciendo activamente a su

consolidación. Pero si el sujeto infringe la norma, también sucede que esa infracción repercute en los demás: en ese caso, desestabilizando la armonía social y generando una desconfianza por parte de los demás: el resto de ciudadanos mira al infractor con cierta desconfianza, pues ya ha mostrado que, al menos parcialmente, ese sujeto no ofrece toda la seguridad requerida.

Hasta ahora extraemos una conclusión básica: cuando un sujeto infringe la norma se quiebra una expectativa socialmente protegida. ¿Cómo reacciona el Estado frente a dicha infracción? Pues asegurando la misma. Normalmente mediante una consecuencia punitiva en forma de pena. La pena aísla, marginaliza y compensa la infracción de la norma.

Pero sucede precisamente que a veces (pocas, pero algunas) la pena usual no es suficiente para estabilizar y restablecer la vigencia de la norma quebrada. Se requiere algo más. Y ese algo más, ese plus de aseguramiento, es el Derecho penal del enemigo. Por ejemplo: la medida o pena de alejamiento para el maltratador familiar o para el terrorista. Esa medida no se impone para quien comete un hurto o un delito de lesiones, sino para quien comete un delito de lesiones generando un especial temor en la víctima (en la violencia intrafamiliar) o para quien se enfrenta a las bases de la estructura social (esto es, a los mismos fundamentos de la sociedad) en el terrorismo.

Resumiendo: el Derecho penal del enemigo es, en la concepción funcionalista, perfectamente acorde con las diferentes expectativas sociales. Y no sólo es real, sino que es, en la medida de las mismas, estrictamente necesario, siempre que sirva

para estabilizar las expectativas sociales vigentes en la sociedad democrática, para restablecer la vigencia quebrada de la norma y, en definitiva, para proteger a los ciudadanos frente a los ataques de sujetos peligrosos. Por ello, el Derecho penal del enemigo es, en los sistemas democráticos, el último resortes de la garantía del Estado de Derecho.

3. ¿Cómo actúa el Derecho penal del enemigo? ¿Qué contenido tiene?

El Derecho penal del enemigo se dirige contra conductas que por su peligrosidad o su magnitud impiden que la norma desempeñe normalmente la función positiva de orientación de conductas. Para ello, hace uso de determinados mecanismos o técnicas de aseguramiento, por ejemplo: (i) anticipando el momento en que el Derecho Penal entra en acción cuando el riesgo es más prematuro y sin esperar a que el riesgo se realice en una lesión más contundente (esto es, «prevenir en vez de curar», como se dice usualmente en lenguaje médico); (ii) manteniendo una penalidad considerable por el peligro existente; (iii) reduciendo ciertas garantías procesales o penitenciarias. Ese combate especialmente asegurativo tiene un único fin, que es a su vez un límite: mantener el *status civitatis* de los ciudadanos, mantener la expectativa legitimada socialmente, conservar la estructura social libre de peligros devastadores o desestabilizadores, esto es, mantener la vigencia protectora de la norma.

Con ese combate especialmente asegurativo se pretende, a costa de una cierta esfera de personalidad de un sujeto peligroso (enemigo), mantener el *status* de personalidad de los ciudadanos, esto es, seguir posibilitando que los ciudadanos sigan orientando por la norma jurídica y sigan confiando en ese patrón oficial que marca el camino a que los ciudadanos respetuosos de la norma deben atenerse. Por ello, el Derecho penal del enemigo restringe ciertos derechos de algunos sujetos, sí, pero lo hace como único modo para evitar que la norma jurídica sucumba, como único medio para proteger la seguridad cognitiva mínima de los ciudadanos. Por ello, el Derecho penal del enemigo es combate frente a un peligro real aportado por un enemigo, pero también principalmente comunicación con los ciudadanos, y -por tanto- un modo de estabilización de expectativas sociales.

En resumen, siendo el enemigo quien se opone a la vigencia completa de la norma, el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista es la única forma de que la norma penal tenga una vigencia real, es decir: el Derecho penal del enemigo en la concepción funcionalista que yo defiendo es la única forma de que el Derecho Penal sea -real y no sólo teóricamente- garantista.

4. Uno de los mitos más grandes que siempre rondan las aulas de clases de las universidades es aquel en el cual se señala a Günther Jakobs como el creador del «Derecho penal del enemigo». ¿Es eso cierto?

Desde luego, no. Y lo voy a ilustrar, Nicolás, con un ejemplo que creo que será gráfico. Un médico tiene a su cargo el tratamiento de un paciente. Lo trata científica y rigurosamente diagnosticándole una grave enfermedad a la que identifica con un nombre: cáncer. La pregunta que se plantea es: ¿cabe atribuir a ese médico el hecho de que el enfermo que él trata padezca esa enfermedad? A todas luces, no. Y algo más: ¿cabe atribuir al médico la existencia del cáncer en el mundo? ¡Por supuesto que no! Entonces ¿por qué muchos autores llaman a Jakobs «inventor», «teórico», «ideólogo», «formulador de la propuesta», «defensor», «creador» del Derecho penal del enemigo? Desde luego, sin rigor científico y sin la mínima seriedad académica, numerosos penalistas no han tenido empacho alguno en atribuir al «médico» Jakobs la existencia del «cáncer» llamado Derecho penal del enemigo.

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

Esta atribución irracional puede tener una explicación: puede deberse a una reacción impulsiva de los familiares o allegados del enfermo que no quieren dar crédito a las palabras del galeno, intentando desprestigiar, empañar, borrar su diagnóstico mediante la descalificación de su proceder o imputándole directamente exageración o deficiencia en el diagnóstico: «es mentira, se lo ha inventado». Pero eso ni cura al enfermo ni libra al allegado de sufrir las consecuencias de la -para él- inexistente patología. El Profesor Jakobs lo ha dicho de manera muy bella al final del prólogo que escribió para mi libro *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*: «Corresponde a una antigua costumbre matar al mensajero que trae una noticia no deseada. Esta solución puede parecer tranquilizadora, ya que así puede demostrarse a todo el mundo cuán cómoda es la vida sin ese mensaje»⁽¹⁾.

Desde luego, imputar al médico los males del enfermo puede ser comprensible sentimentalmente, pero nada tiene de científico. La ciencia, ya sea la médica ya la jurídico-penal, da una explicación racional y científica a la existencia del mal. Así lo hace el médico que diagnostica el cáncer y lo hace también Jakobs al diagnosticar el Derecho penal del enemigo, alarmar de su existencia y proponer su aislamiento para evitar el riesgo de que contamine otras partes sanas o no afectadas.

Pero además existe, para seguir con el mismo símil médico, una gran diferencia entre el facultativo que diagnostica la enfermedad y Jakobs que describe una forma de combate del crimen grave. Y es esta: el Derecho penal del enemigo no es, necesariamente, un cáncer, sino -digamos- un fenómeno equiparable al colesterol. Como es sabido, existe un colesterol «bueno» y un colesterol «malo». El primero es el colesterol llamado HDL o de alta densidad, que desempeña una función protectora en tanto remueve la grasa de las arterias. El segundo, el colesterol malo, es el llamado colesterol LDL o de baja densidad, y perturba al organismo con un exceso de lipoproteínas en las arterias, dificultando la fluida circulación sanguínea. Es decir, todos los organismos vivos tienen colesterol; es más, lo necesitan para vivir. Es inevitable y necesario para la vida. Ahora bien, si sobrepasa la cota de lo razonable puede ser mortal. Es

preciso mantenerlo dentro de las cotas de permisividad del propio organismo.

Lo mismo ocurre en el organismo «sociedad» con el Derecho penal del enemigo. En racionadas dosis no sólo es normal, sino inevitable y aun necesario. Pero como es un factor de riesgo es preciso controlarlo permanentemente para que no se dispare. Es un foco de peligro, y por eso hay que identificarlo y mantenerlo dentro de cotas de normalidad para que no acabe con el organismo o, al menos, para que no llegue a perjudicar gravemente a alguno de los miembros del organismo causando estragos de difícil tratamiento y de peor solución.

Es decir, y resumiendo: el Derecho penal del enemigo es, como el colesterol, consubstancial al organismo, al sistema. Y por ello no existe porque un científico (un médico, un penalista) lo diagnostique. Al revés: deberíamos estar agradecidos a ese científico que nos informa de la existencia de un factor de riesgo (colesterol o Derecho penal del enemigo), lo identifica y nos alarma acerca de la necesidad de su adecuado tratamiento.

5. Dentro del «Derecho penal del enemigo» ¿cuál es el significado de «persona» y «enemigo» (o también denominado «individuo»)? ¿Cuáles son sus principales diferencias?

Tu pregunta da en el clavo de la esencia del Derecho penal del enemigo y por eso te la agradezco especialmente, porque

(1) Vid. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: Grijley, 2006. p. 18 (Prólogo hecho por Günther Jakobs).

existe una gran confusión ante este concepto de enemigo, tan ultrajado, tan desconocido intencional o tendencialmente. Vamos a ver. Empecemos por lo más básico: el Derecho penal del enemigo se opone al Derecho penal del ciudadano. Esto es, «enemigo» y «ciudadano» son conceptos antagónicos. Para saber qué es enemigo en sentido funcionalista hay que saber qué es ciudadano, en el mismo sentido. Esto tan básico no lo comprenden los críticos, que se empeñan en ponerle al enemigo nombres y apellidos, cara, incluso características físicas y otros afeites políticos o religiosos. Lo cierto es que el concepto de enemigo y el de ciudadano son dos nociones científicas, alejadas de todo componente peyorativo, sectario o menospreciativo. ¿Qué significa cada una? Pues vamos a ello. El ciudadano es la persona en Derecho y se resume en la máxima hegeliana: «sé persona y respeta a los demás como personas». Es un ser que participa de las relaciones sociales, esto es, alguien cuyos actos comunican socialmente algo (la comunicación es la operación autopoiética que define a la sociedad). Pero no sólo eso: persona en Derecho es el destinatario de derechos y de deberes. O sea, alguien que no sólo participa en las relaciones sociales sino que orienta su conducta generalmente por la norma jurídica, alguien con cuyo comportamiento se afianzan expectativas sociales, alguien con el cual pueden los ciudadanos contar a la hora de llevar a cabo la empresa social precisamente porque brinda seguridad cognitiva de respeto de la norma: el cumplidor responsable de la norma. El concepto de enemigo es la noción contraria, el reverso del ciudadano. Enemigo es quien mediante su comportamiento revela tal grado de enfrentamiento o confrontación a la norma que no sólo no brinda sino que produce inseguridad cognitiva. O sea: el enemigo en sentido funcionalista es quien impide que la norma tenga vigencia, quien impide o dificulta que la norma jurídica desempeñe su función de protección y de orientación de conductas, o sea, el que impide la juridicidad completa.

Eso significa que la diferencia principal entre enemigo y persona en Derecho se encuentra en el modo de afrontar la norma jurídica: mientras que la persona en Derecho, en ciudadano, respeta substancialmente la norma como modo de protección y de orientación social, el enemigo se opone a que la norma despliegue su vigencia. Y eso tiene una incidencia directa en los ciudadanos respetuosos del Derecho. Del mismo modo que, como decíamos antes, la

actitud del ciudadano frente a la norma afecta a los demás en el buen sentido («pueden seguir confiando en él») también lo hace en el sentido negativo (pierden la confianza en él, precisamente porque el sujeto se «despersonaliza», deja de ser, parcialmente, persona en Derecho, ciudadano).

En resumen: el ciudadano es persona en Derecho, respeta a los demás, cumple substancialmente la norma, genera seguridad y afianza la estructura social. El enemigo, por el contrario, se enfrenta a la norma frontalmente, no respeta a los demás como ciudadanos, revela inseguridad e imposibilita que los ciudadanos puedan disfrutar de la norma como patrón oficial y como foco que guía las conductas en la sociedad. En dos palabras, y para decirlo un tanto coloquialmente: el enemigo es como «el perro del hortelano»: ni come ni deja comer. Por ello, las nociones de enemigo y ciudadano (persona en Derecho) se encuentran en las antípodas en cuanto a la concepción de la norma se requiere. Y por ello, en ese sentido funcionalista, el Derecho penal del enemigo es, en el Estado de Derecho, inevitable y necesario: es la única forma que existe para compensar el déficit de protección normativa y garantista.

Y ahora resta alguna explicación más: tú en la formulación de tu pregunta has identificado «enemigo» e «individuo», lo cual no es exactamente cierto. Todo enemigo es individuo en sentido amplio, pero no al revés: no todo individuo es enemigo. Veamos. El enemigo es la forma más drástica de individuo, exactamente: el individuo que se despersonaliza, el individuo más peligroso que «ni come ni deja comer», o sea, el que no es persona en Derecho y además se opone a que los demás lo sean: el que impide la juridicidad

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

completa oponiéndose a que la norma despliegue su vigencia. Ello ocurre en relativamente pocas ocasiones. O por mejor decir: el enemigo es la excepción. Mucho más frecuente es el individuo *strictu sensu*, el que se aparta incidentalmente del sistema, el que infringe una norma puntualmente, esto es, el sujeto que se comporta formalmente como persona pero materialmente como individuo. Este individuo común no llega a despersonalizarse, no se opone frontalmente a la norma: por lo general, se trata de sujetos que cometen un error, una metedura de pata en forma de delito, pero que después de cometer ese desliz no representan un peligro mayor para que el ciudadano se desenvuelva como persona en Derecho; infringe la norma incidentalmente, pero no se opone a ella frontalmente. O lo que es lo mismo: infringe «una norma» (concreta) pero no se opone a «la norma» (ideal, como modo de orientación de conductas).

Lo ideal es que en un Estado de Derecho sólo hubiera ciudadanos, personas en Derecho, y ningún individuo (y, en consecuencia, ningún enemigo, que es la categoría más drástica de individuos). Pero el ser humano no es un ser perfecto, sino un ser que puede infringir, y de hecho la infringe, la norma jurídica. Por lo general la infracción de la norma es incidental. La infracción de la norma significa que el infractor se aparta del camino de expectativas sociales iluminado por el foco oficial que es la norma jurídica. Ese apartamiento del camino suele ser incidental, puntual, concreto, no duradero ni definitivo. Esos sujetos que, ciertamente, se comportan como individuos en el plano material no llegan a despersonalizarse realmente. ¿Por qué? Pues porque en la realidad no han llegado al extremo de generar una desestabilización tal de la norma que impida que la misma ejerza su vigencia. Piensa en un sujeto que comete una vez un delito de daños y en el terrorista que causa estragos sistemáticamente en una ciudad. El primero, después de su acto, vuelve a la normalidad, al respeto a los demás como sus semejantes, al cumplimiento de la norma. Sin embargo el segundo sigue sin respetar a los demás después de su acto, representa un impedimento para que los demás desarrollen su personalidad. Para reprimir el acto del primero basta una sanción penal normal, adecuada y proporcional. Para reprimir el del segundo son precisas además medidas asegurativas, que compensen el déficit de seguridad que el sujeto ha creado, pero que no son medidas extraordinarias o desproporcionadas, sino lo

contrario: las medidas normales que hay que imponer al sujeto especialmente peligroso de manera proporcional a su peligrosidad.

¿Cómo trata, entonces, el ordenamiento jurídico a ciudadanos, a enemigos y a individuos? Esto es: ¿Qué diferencia existe en la realidad entre ellos? Pues muy sencillamente lo podemos ver con un ejemplo real de la legislación actual: el ciudadano es el sujeto que respeta substancialmente la norma, el que orienta su conducta por la norma, el que cumple con las expectativas sociales: su «premio», su «recompensa» es la personalidad completa, todo una amplia gama de derechos asociados al correcto ejercicio de su ciudadanía: tú o yo, que respetamos la norma. Por su lado, el individuo es aquel ciudadano que incidental, puntualmente infringe la norma, por ejemplo, el sujeto que golpea una vez a otro durante una discusión, produciéndole heridas: en ese caso, se le condena a una pena de prisión de tantos años como autor de un delito de lesiones. Luego de cometer la lesión, no representa un peligro alarmante para la víctima: infringió la norma una vez, pero no le hace la vida imposible. Finalmente, el enemigo es el sujeto que revela tal grado de peligrosidad que genera una inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma: por ejemplo, el maltratador familiar que, por sistema, golpea a la mujer, generando un peligro continuo. Para este sujeto no vale el modo normal de combate de la lesión corporal (pena de tantos años de prisión) sino que se hacen precisos otros modos asegurativos adicionales como la medida de alejamiento del hogar familiar (que entraña: el abandono del hogar familiar, la prohibición de comunicación con la víctima, allegados o personas que el juez determine, la

prohibición de acercamiento a esas personas, etcétera). Con esa medida de alejamiento, «no se trata al ciudadano ni al individuo que infringe la norma incidentalmente, sino que se combate al enemigo»: al sujeto que impide que la norma despliegue su vigencia de protección para otras personas (esposa o pareja, allegados).

Esa medida de Derecho penal del enemigo «intenta por la fuerza, por la coacción, lo que el sujeto debiera prestar naturalmente, pero no presta», a saber: una seguridad suficiente para que la víctima (mujer o allegados) desempeñen sus vidas dentro de parámetros de normalidad. Así, la prohibición de acercamiento, por ejemplo a 500 metros, blindada un espacio de seguridad donde sí rija el Derecho para esas víctimas, esto es: supera el déficit de protección normativa causado por la acción desprotectora del enemigo.

De ese modo, «ciudadano - individuo – enemigo» es, pues, la secuencia normal dentro del reconocimiento y respeto a la personalidad propia y ajena. El primero es acreedor de todas sus garantías, porque la seguridad que ofrece es óptima. Al segundo se le recortan algunos derechos (los que vienen limitados por la pena: la libertad ambulatoria en la pena de prisión, el patrimonio en la multa, etcétera), lo justo y necesario para aislar el quebrantamiento de la norma en que incurrió y para restablecer la vigencia de la norma quebrada. Y, finalmente, en el tratamiento del tercero hay que apretar un poco más las tuercas del Estado de Derecho: con la pena usual (la que corresponde al individuo, al ciudadano que incidentalmente comete un delito) no basta: porque el individuo que infringe su rol y quebranta la norma (realiza un delito), acto seguido vuelve al respeto normal a sus semejantes como ciudadanos dignos de consideración, a diferencia de lo que ocurre con el enemigo, quien después de cometer un delito sigue representando un impedimento para que los demás puedan desarrollar su personalidad en Derecho dentro de los límites de lo normal.

6. ¿Es posible afirmar que, en tanto el «enemigo» no es considerado «persona», carece de derechos? O ¿éstos sólo se restringen?

Eso es otro falso mito del Derecho penal del enemigo, como el que señalaste antes, Nicolás. No, el enemigo no carece

de derechos. Por regla general el enemigo sólo es enemigo es un ámbito muy concreto, aquel en el que se despersonaliza, pero mantiene todos sus derechos correspondientes al resto de su personalidad. Por ejemplo, el maltratador es enemigo en ese ámbito familiar (y en tanto realmente imposibilite a la mujer o ex pareja seguir confiando en la norma como modo de orientación de sus conductas en la sociedad), esto es, en la relación que le une con su mujer o pareja, actual o pretérita. Sólo en ese ámbito se le restringen algunos derechos: la despersonalización es, generalmente, parcial. Y esa despersonalización produce la necesidad de una heteroadministración de algunos derechos, lógicamente dentro de la despersonalización. Al maltratador únicamente se le restringen ciertos derechos (aquellos que él mismo ha malogrado, aquellos en los que él no da la mínima seguridad de administrarlos sin impedir la personalidad de nadie) pero se le mantienen aquellos pertenecientes al ámbito de su personalidad en el que sí da muestras fehacientes de una gestión correcta o respetuosa de los demás.

Así, al maltratador se le impone una medida de alejamiento que afecta al tramo de su personalidad en que se reveló incapaz de gestionar con un mínimo de seguridad para los demás, pero ello no quita que goce de otros muchos derechos: por ejemplo, no quita que sea un magnífico profesional en su puesto de trabajo, metódico, serio y responsable, haciéndose acreedor a derechos de días libres o pagas extra, o que sea un ciudadano cumplidor con sus obligaciones fiscales y tenga derecho a bonificaciones fiscales o, incluso, no quita que sea un magnífico padre de familia, generoso y amable con sus hijos, y pueda seguir teniendo, como siempre, derecho a

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

mantener la patria potestad de sus hijos y el régimen de visitas.

En resumen: la despersonalización es normalmente parcial. Sólo se le restringen algunos derechos, aquellos que el sujeto no malogra, aquellos que él no ha sabido administrar correctamente conforme a la norma y a las expectativas sociales, pero se le mantienen otros muchos, muchísimos derechos fundamentales (derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a un juicio justo, a no sufrir dilaciones indebidas, etcétera). Pero por lo general el «enemigo es enemigo y persona en Derecho al tiempo, eso sí, en ámbitos diferentes de su personalidad».

7. El 26 de octubre de 2001 -seis semanas después de los ataques al Pentágono y las Torres Gemelas- el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó una ley que da poderes extraordinarios a las agencias de seguridad de dicho país: la llamada *Patriot Act*. ¿Considera usted que dicha norma es una de las máximas expresiones del «Derecho penal del enemigo»?

El Acta Patriótica que aprobó el Congreso norteamericano, contiene una serie de normas de combate al terrorismo que trascienden del limitado ámbito del Derecho Penal. De hecho, uno de los objetivos de esa ley es ampliar el poder estatal en numerosos frentes (políticos, policiales, económicos, aduaneros, etcétera) que están al margen del ámbito jurídico-penal. Se trata, pues, de una represión del terrorismo, de un combate contra enemigos (¡no en sentido político ni religioso!) que generan una desestabilidad social, sí, pero no únicamente de un «Derecho penal» del enemigo. Además, ten en cuenta que lo que pretende esa ley es, precisamente, incrementar el margen de maniobra, la capacidad de acción del Estado al margen de la actuación del poder judicial, como -por ejemplo- poder llevar a cabo registros policiales o acopio de datos sin requerir una orden judicial.

Al margen de la opinión que merezcan las concretas medidas contenidas en la ley (las que, por supuesto, no

subscribo en su integridad) lo cierto es que las mismas responden a unas expectativas sociales, de un momento y de una sociedad determinadas: la norteamericana en los albores del Siglo XXI, después de haber sufrido un atentado terrorista de devastadores efectos. Desde luego, un principio básico y esenciales para el funcionamiento de los sistemas sociales es precisamente la adecuación, el acoplamiento entre las normas jurídicas y las expectativas sociales. El Estado ha de procurar la mayor simetría posible entre el instrumentario normativo y las expectativas sociales, precisamente porque la norma es, como expuse antes, el vehículo de institucionalización de las expectativas y a su vez un foco que guía el camino y que sirve para orientar las conductas de los ciudadanos en la sociedad.

Por ello, el Acta Patriótica linda con el Derecho penal del enemigo en el sentido de que trata un problema no sólo pero también jurídico-penal. Pero, por otro lado, trasciende del ámbito estrictamente penal para trasladarse a otro mucho más amplio: un ámbito social, donde se tratan de estabilizar unas expectativas sociales legítimas y dignas de protección, a saber: las expectativas de seguridad en una sociedad realmente amenazada por un fenómeno como el del terrorismo, cuya capacidad de desvirtuación y de desestabilización es palmario.

8. Entonces, a la vista de las normas jurídicas como la mencionada ¿cree usted que la vigencia que está teniendo el «Derecho penal del enemigo» es legítima en ordenamientos

Jurídicos democráticos en los cuáles el tratamiento legal tiende a ser paritario en todos los supuestos?

Tu pregunta, Nicolás, es acertada y pertinente. Y digo esto porque a normas como el Acta Patriótica o el Derecho penal del enemigo en su conjunto, como construcción supuestamente teórica, se le ha tildado por quienes reclaman para sí el título de juristas, de autoritaria, de dictatorial, de nazi y de otros epítetos más o menos anecdóticos. Tú mismo dijiste antes que el Acta Patriótica había sido aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América. O sea, por un órgano legislativo que representa la «soberanía de un pueblo». Creo que ya eso es garantía suficiente como para presumir la legitimidad de una norma jurídica, de Derecho penal del enemigo o de lo que fuere. Pero es que además en las democracias actuales sucede que las normas jurídicas que se aprueban por el Parlamento o por el Congreso no solo tienen esa presunción formal de legitimidad, sino que están sometidas en todo momento a un control material de constitucionalidad que lleva a cabo un órgano jurisdiccional imparcial: el Tribunal constitucional, la Corte constitucional o como se llame. Y ahí precisamente radica la diferencia esencial entre una «dictadura» y una «democracia»: en que en ésta el riesgo de que se cuele de rondón, por la puerta falsa o por la puerta de atrás, una norma ilegítima se contrarresta con la capacidad de control directo que, sobre esa norma, ejercen unos tribunales imparciales. Y, en última instancia, al Tribunal Superior de un Estado es a quien compete determinar si una norma aprobada por el órgano legislativo competente siguiendo los cauces legales pertinentes es o no funcional, esto es, si se adecua a los principios legítimos y democráticos del Estado o si, por el contrario, se enfrenta a ellos.

De hecho, eso es lo que ocurre en nuestros países. La misma ley americana que tú mencionaste antes, el Acta Patriótica, ha sido revisada ya por el Tribunal Supremo en más de una ocasión. La última, creo, en una sentencia de 29 de junio de 2006, en el caso *Hamdan versus Rumsfeld* donde se declaró la inconstitucionalidad de unos apartados de la ley en el que se restringían ciertas garantías procesales del detenido. En Alemania también se declaró inconstitucional el precepto de la ley de seguridad del tráfico

aéreo que permitía el derribo de aeronaves que, habiendo sido secuestradas, se dirigieren (con rehenes y terroristas secuestradores) hacia a un lugar poblado.

Todo ello significa lo siguiente: los críticos que descalifican *in totum* el Derecho Penal del enemigo como ilegítimo, autoritario, propio de las dictaduras, nazi, etcétera yerran de medio a medio, porque desconocen la esencia de la dictadura y la esencia de la democracia. Por ello, según mi opinión, es un despropósito y una ofensa a la racionalidad jurídica comparar el Derecho penal del enemigo que se dan en las democracias actuales con el Derecho penal propio de las dictaduras, pasadas o presentes. Los que hacen esos, que son varios penalistas de la actualidad, están descentrando y manipulando acientíficamente la discusión. Ambos sistemas, la dictadura y la democracia, son incomparables, porque incomparables son los ámbitos, los caldos de cultivo, en que se «cucen» ambos ordenamientos. Si me permites, quiero detenerme un poco en esa idea.

Por un lado, es claro que tanto en las dictaduras como en las democracias hay normas de Derecho penal del enemigo. Pero, claro, el proceso de elaboración y de aprobación, y -por tanto también- de legitimación, de una ley en un sistema y en el otro es radicalmente diverso. En las dictaduras, la norma jurídica viene impuesta por una voluntad superior. Por ello, en esos sistemas toda norma jurídica (sea de Derecho penal del enemigo, de Derecho penal del ciudadano, o de lo que fuera) es ilegítima *per se*, porque viene viciada por un déficit de democracia. En las democracias ocurre lo contrario: las normas que se aprueban en el Estado tienen una presunción formal y material de legitimidad. Formal porque, como dije antes, han sido aprobadas siguiendo los

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

cauces legítimamente establecidos para ello por el órgano legislativo competente que es representado de la soberanía popular; y material, porque como también mencioné, en última instancia existe un órgano jurisdiccional imparcial a cuyo control de constitucionalidad (esto es, de respeto a los derechos fundamentales) se somete en todo momento el contenido de la norma. Por ello, mientras en las dictaduras el Derecho penal del enemigo (¡como el Derecho penal del ciudadano!) es ilegítimo *per se*, en las democracias es legítimo hasta que el Tribunal Constitucional no decida lo contrario. Por ejemplo, en relación al Acta Patriótica que antes citaste, y con independencia de mi opinión personal sobre las medidas en cuestión, lo cierto es que el Tribunal Supremo norteamericano únicamente ha declarado inconstitucionales unos pocos preceptos de esa extensa ley, lo cual supone dos cosas al mismo tiempo: por un lado, la constatación de que el control de constitucionalidad estatal impide que existan normas ilegítimas o disfuncionales en ese Estado; y por otro, la declaración de inconstitucionalidad de algunas de esas normas supone un refrendo del resto de normas de esa ley, de manera que calificar al Acta Patriótica como ilegítima, autoritaria o propia del Derecho nazi es, más que una descalificación acientífica, un despropósito jurídico.

Ello no excluye -¡faltaría más!- que los científicos del Derecho discutan sobre la conveniencia o no de una u otra norma concreta. Yo mismo discrepo a buen seguro de algunas medidas de esa ley y otras las encontraría más justificadas o convenientes. Pero desde luego no descalificaría la ley en su conjunto por ilegítima ni la compararía con la ley de un estado dictatorial ni la identificaría con un «oprobioso» Derecho penal del enemigo. Bueno, pues a pesar de algo tan claro, tan evidente como esto, abrimos muchos de los escritos sobre Derecho penal del enemigo y leemos: «esto que dice Jakobs no es nuevo, ya se decía en el nazismo (...)». Demagogia pura. Porque además más que un Derecho penal del enemigo como ordenamiento conjunto existen normas concretas adscribibles a esa corriente de Derecho penal del enemigo, y dentro de esas normas algunas serán plenamente acertadas y aun necesarias y otras más discutibles y cuestionables, pero siempre sobre la base de que se trata de normas que, en tanto normas dictadas en un Estado democrático, gozan de una presunción *iuris tantum* de legitimidad.

9. Según el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, los fines de la pena son la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En el «Derecho penal del enemigo» ¿son estos los mismos fines que persigue la pena?

Bueno, realmente lo que dice el artículo 139, inciso 22 de la Constitución peruana - y lo sé porque lo he discutido algunas ocasiones con algún colega y amigo peruano como el Doctor José Antonio Caro John- es que se sienta el principio «de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Ese «tiene por objeto» no significa, probablemente, que «la pena cumple la función de (...)», porque además el precepto constitucional menciona al «régimen penitenciario» y no a la pena como instrumento estatal. Además, como tú sabes, Nicolás, el artículo IX del Código Penal del Perú, bajo el epígrafe genérico de «Fines de la Pena y Medidas de Seguridad», contiene la prescripción siguiente: «La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación». Por cierto que la referencia a la «reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad» como «objeto» del «régimen penitenciario» peruano se asemeja no poco a la formulación contenida en el artículo 25.2 de la Constitución española, según la cual «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad ‘estarán orientadas’ hacia la reeducación y reinserción social y

no podrán consistir en trabajos forzados». Ese «estarán orientadas» indica que se trata más de una «aspiración», una «tendencia», que de una función real constatable.

Bien, dicho esto añadiré lo siguiente. Como es sabido, para el Profesor Jakobs la pena, en el Derecho penal del ciudadano, es comunicación y cumple una función de estabilización de expectativas sociales; mientras que en el Derecho penal del enemigo la función de la pena sería la de eliminar un peligro, esto es, la de combate de un riesgo. Este es uno de los puntos esenciales en los que discrepo del Profesor Jakobs, un punto además sobre el que he discutido con él en numerosas ocasiones. A mi juicio, aun siendo cierto que la idea del combate o de eliminación de un peligro se haya más acentuado en los supuestos de Derecho penal del enemigo, personalmente considero que la pena desempeña también en este ámbito una función de estabilización, y por eso la pena sigue siendo comunicación. Y es comunicación porque el Estado también se comunica con los enemigos y, además, porque al imponer una pena a un enemigo está comunicándose también con el resto de ciudadanos. Esto merece quizá una explicación un poco más detallada.

Por un lado, he afirmado algo que probablemente pueda sonar provocativo o sorprendente: «el Estado se comunica con los enemigos», siendo así que en éstos la ciudadanía (y, por tanto, la relación entre ellos y el Estado) ha quedado suspendida de algún modo debido a la despersonalización en que incurrir los mismos sujetos. Ello se explica porque la despersonalización del enemigo es, en los Estados de Derecho, siempre una «autodespersonalización parcial y relativa», esto es: el Estado «heteroadministra» aquellos bienes, aquella parte de la personalidad del enemigo que él mismo ha malogrado, aquel segmento de su personalidad en la que no ha dado muestras de autocapacidad de gestión sino lo contrario: «signos inequívocos de enemistad al Derecho e irrespeto a los demás ciudadanos como personas en Derecho». Pero esa heteroadministración de determinados bienes del sujeto es «parcial y relativa»: parcial porque se refiere únicamente a determinados derechos, aquellos en los que el sujeto no se comporta como un ciudadano correcto; y es relativa porque únicamente se le heteroadministran esos derechos en la medida en que es estrictamente necesario para

proteger al resto de ciudadanos, o sea, hasta tanto es imprescindible para evitar la desprotección se apodere de las personas respetuosas del Derecho. Eso significa que el mismo Estado es el primer interesado en que la ruptura o suspensión de ciudadanía del enemigo sea temporal (limitada en el tiempo) y relativa y parcial (limitada en su extensión). O lo que es lo mismo: al Estado le conviene que el enemigo no sea enemigo en todos los frentes, en todos los ámbitos de su personalidad, sino en los menos posibles. Por eso, le sigue tratando de algún modo como «sujeto recuperable», como «ciudadano en potencia» al que se le dejan abiertas las puertas estatales de la ciudadanía para que se reincorpore lo más pronto posible a la convivencia cívica. Ello explica que el enemigo también goce de derechos estatales reconocidos a los ciudadanos: no puede ser privado de su vida, ni ser lesionado en su integridad física, tiene el derecho a un juicio justo, a ser oído y atendido, goza del derecho a la salud y a la asistencia médica conveniente, etcétera. En resumen: la diferencia entre el enemigo y el ciudadano es que al primero se aplican ciertas medidas coactivas que restringen parte de sus derechos y que compensan su déficit de ciudadanía, para intentar conseguir mediante la coacción la seguridad que él debería prestar de propia mano. El resto de su personalidad permanece, como la del ciudadano respetuoso de las normas (persona en Derecho), inalterada. Y ahí, en ese ámbito y en esa medida, «existe una comunicación, real o potencial, con el sujeto como enemigo».

Por otro lado, y además, la pena o medida aplicada a un enemigo también es, primordialmente, «comunicación con el resto de ciudadanos». Y lo es porque el

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

enemigo es enemigo sólo porque vive en comunidad, esto es, en el seno de un grupo social y conviviendo con ciudadanos. La enemistad al Derecho, a la norma, tiene el *tertium comparationis* de la ciudadanía estatal. Si el enemigo viviera aislado en una isla perdida no sería enemigo. «Es enemigo precisamente en relación a algo, a alguien»: es enemigo de un sistema, de una idea de convivencia y es enemigo en relación a los ciudadanos respetuosos de la norma jurídica. Ello quiere decir que el combate o -más neutralmente- el tratamiento del enemigo como enemigo únicamente se justifica por el peligro que entraña para los demás ciudadanos, para la sociedad. O sea, que cuando el Estado trata a un enemigo, imponiéndole una medida o una pena especialmente asegurativa, al mismo tiempo se está comunicando con los ciudadanos verdaderamente respetuosos de las normas. La pena cumple, pues, también aquí una función de estabilización de expectativas sociales, una función de restablecimiento de la vigencia de la norma quebrada.

En resumen: la función de la medida o de la pena en el Estado penal del enemigo es substancial y estructuralmente idéntica a la función de la medida o la pena en el Derecho penal del ciudadano. Lo cual quiere decir que se encamina a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad en la misma medida en uno y en otro Derecho (el del ciudadano y el del enemigo). Por lo demás, el tratamiento del enemigo como enemigo parcial (esto es, como enemigo y como persona al mismo tiempo: como sujeto peligroso a quien se combate y como ciudadanos con quien el Estado se comunica) únicamente puede explicarse por el hecho de que el interés del Estado es que el sujeto (enemigo) pueda reinsertarse, reintegrarse en el mundo social. Para ello, le deja abierta las puertas para que regrese cuando quiera, lo cual puede hacer con un procedimiento muy sencillo: dejar de generar inseguridad cognitiva, comportarse como persona en Derecho y respetar a los demás como personas en Derecho.

10. Con respecto al «Derecho penal del enemigo» como una descripción fáctica de una realidad que ya se viene dando desde hace algún tiempo, ¿considera idóneo su utilización en sociedades frágiles como las de América Latina o sería una puerta abierta para regímenes autoritarios?

Muchas veces he oído aquí en Hispanoamérica el argumento siguiente: «cuando Jakobs habla de Sociedad se refiere Alemania, pero no a Perú, Colombia (o el país que fuera)». Y la verdad es que el argumento es un tanto tendencioso y desorientador. Vamos a ver. Cuando empleamos la palabra sociedad lo estamos haciendo en un nivel suficientemente abstracto como para no limitarlo a una sociedad concreta y lo suficientemente genérico como para referirnos a una sociedad minimamente democrática, occidental y moderna. El concepto funcionalista de sociedad no tiene un nombre y un apellido, esto es, no es sólo Alemania, o sólo España. Es la sociedad como sistema social, la sociedad como ámbito que se compone de personas, en la que el mecanismo de auto reproducción es la comunicación y en la que existen una serie de expectativas sociales. Desde luego, no todas las sociedades son iguales ni cada sociedad permanece siempre igual. Perú por ejemplo no es igual a Suecia, ni la sociedad española de 2008 es igual a la de 1900. Eso quiere decir que cada sociedad se dota a sí misma de un determinado arsenal normativo, y que ese conjunto de normas es dependiente de las expectativas sociales existentes en cada momento. Por supuesto, las expectativas sociales son, a su vez, dependientes de cada sociedad. Por ejemplo: si en el Perú se cometen (es un decir) cada año diez mil secuestros y en Suecia se comete uno cada cinco años es evidente que la expectativa de protección de la libertad ambulatoria ha de ser diferente en cada caso. Otro ejemplo: la circulación vial y su regulación mediante esa norma que es el semáforo es una expectativa surgida en los lugares donde existen un riesgo por el tráfico, y sin embargo esa expectativa no existe o es totalmente

El Derecho penal del enemigo: Posibilidades y límites Entrevista a Miguel Polaino-Orts

diferente en un sitio (por ejemplo, un desierto) donde los riesgos sean inexistente o infinitamente menores. Y un último ejemplo: que hasta la España de 1978 existiera la tipificación penal del adulterio y del amancebamiento (adulterio femenino y masculino) se explicaba en función de las expectativas sociales del momento: primacía del concepto tradicional de familia, tutela del tálamo familiar, concepción moralizante de las relaciones, etcétera. Pero esa expectativa cayó en desuso con el paso del tiempo, de manera que la norma que incriminaba el adulterio ya no era real, y no era real porque no era vigente, o sea, porque no se correspondía con la estructura social. De ahí que la norma deviniera infructuosa y anacrónica, y fuera desechada del ordenamiento jurídico. Y, del mismo modo, en la actualidad existen expectativas que antes no existían: por ejemplo, en el ámbito de la manipulación genética o de la cibercriminalidad.

Con ello quiere decirse que «cada sociedad es lo que es en función de sus expectativas sociales». Y que éstas son diferentes de una sociedad a otra y, además, son mutables a lo largo del tiempo. Pero, dicho esto, es evidente que el funcionamiento de las sociedades es semejante en todos los casos. En todas las sociedades actuales la norma es reflejo más o menos fiel de las expectativas sociales, la norma se dirige a los ciudadanos, protege sus bienes o derechos y orienta sus conductas. Y esto es igual en Alemania que en el Perú.

Ahora bien, tú me preguntabas exactamente, no sobre el concepto de sociedad sino sobre algo «externo»: sobre la posibilidad de que una norma sea «manipulada» en Hispanoamérica con más facilidad que en otros sitios. A esto te diré lo siguiente: por un lado, toda norma jurídica, incluido las más clara en su formulación o la más democrática, es -en manos de un insensato o de un arbitrario- manipulable de todo punto, y eso vale tanto para las normas de Derecho penal del enemigo como para cualquier otra norma jurídica. Pero desde luego la posibilidad de que una norma jurídica sea susceptible de ser manipulada no puede llevarnos a la irracionalidad de rechazar esa norma porque sí: sería como prohibir el uso de cuchillos de cocina porque alguien lo empleó, en vez de para cortar la carne o el pan, para herir a la suegra. La norma, también la de Derecho penal del enemigo, puede

ser perfectamente útil y necesaria, como es el cuchillo. Y en los casos en que una norma sea manipulada responde el manipulador, como en el caso del cuchillo responde el que lo emplea para herir y no para cortar la carne o el pan.

A esto tú me podrías responder a lo mejor que no es lo mismo repartir cuchillos entre la población de un país próspero que no tiene pobreza ni otras necesidades vitales alarmantes que a ciudadanos con acuciantes necesidades para sobrevivir, porque en el primer caso la probabilidad de que hagan un uso del cuchillo para herir a alguien es menor que en el segundo. Y esto, por otro lado, te diría yo lo siguiente: cada sociedad se dota a sí misma del grado de control que requiera, en función de sus expectativas. Esto es, «cada Sociedad es consciente de sus expectativas y de sus limitaciones». Pero eso no puede llevar a la «paralización» del Estado bajo la idea de que «como todo es manipulable» y la «sociedad es frágil» mejor no hacer nada, para evitar que se corrompa, sino todo lo contrario: «a extremar las condiciones de control imparcial de la normativa estatal y del ejercicio de la potestad punitiva», y como hemos visto muchas veces el control imparcial pasa por «aceptar determinadas medidas que combatan los casos de especial peligrosidad de manera más asegurativa, donde se someta al imperio de la ley a todos -realmente a todos- los ciudadanos».

En conclusión:

i) Las normas de Derecho penal del enemigo en Hispanoamérica son tan necesarias como en cualquier país, en función de sus expectativas sociales. Ni más ni menos. Y ii) En todo caso si hay manipulación responde el manipulador (y

Entrevista a Miguel Polaino-Orts

esto es así en el Perú y en Suecia), pero no por ello la debe renunciarse a la norma jurídica. Es decir: el Derecho penal del enemigo no puede ser nunca una coartada ni para esconder una dictadura ni para legitimar una práctica política indigna. Las normas de Derecho penal del enemigo en los Estados democráticos son lo que son: normas que combaten gravísimos problemas para la sociedad y por ello normas que han de resolver esos problemas protegiendo a los ciudadanos y estabilizando sus expectativas sociales.

11. En ese sentido ¿considera que es correcto que en ciertos casos las barreras de punibilidad se adelanten a pesar de que esto implique una marcada reducción en el margen de libertad y discreción de la población para conducirse en su vida?

Tu pregunta está formulada en un grado de abstracción que hace que la respuesta sea sencilla: sí, es correcto, porque es funcional, esa anticipación de las barreras de punibilidad en ciertos casos. Y además la experiencia legal y jurisprudencial abunda en mi supuesto. Fíjate en el delito de asociación para delinquir, que aquí llamáis «agrupación ilícita», regulada en el artículo 317 del Código Penal del Perú: se sanciona a quien conforme una agrupación delictiva, a quien se reúna con otros con un fin delictivo, a quien instituya una «empresa criminal». Dogmáticamente se llama a esta figura «delito de estatus», porque se sanciona a esas dos o más personas que se agrupan, como dice el legislador peruano, «por el solo hecho de ser miembro de la agrupación», pero más correcto o más preciso es llamar a estos tipos «delitos de organización o sistema de injusto (o injusto sistémico), frente al injusto individual». La inteligencia de esos delitos es la siguiente: el injusto sistémico, el injusto de una empresa criminal, el injusto colectivo posee una mayor capacidad de desestabilización de la norma que el injusto individual, razón por la cual se le combate de manera

anticipada, con los mecanismos del Derecho penal del enemigo. Y fíjate hasta qué punto eso es así que el artículo 317 del Código Penal peruano contiene dos tipos de delito de organización delictiva: uno sancionado con pena de prisión de tres a seis años, y otro sancionado con pena mucho mayor «cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional».

Uno puede preguntarse: si el «delito fin» (el delito con cuyo fin se reúnen los sujetos que conforman la organización criminal) no es más que un pensamiento, un plan criminal, una idea, un propósito, que no se exige que se lleve a cabo para que se consuma el delito de organización y el pensamiento no delinque ¿entonces por qué ese propósito determina una mayor penalidad⁽²⁾ cuando el delito fin es más grave (genocidio, etcétera), siendo así que en todo caso el delito fin no se va a cometer y si se comete se sanciona merece una penalidad aparte? Pues muy sencillo: «porque el legislador no tipifica en estos delitos de organización aquellos delitos cometidos mediante una organización criminal (¡que aquí no son más que un pensamiento!) sino que ya la organización criminal es un delito». O sea: «no los delitos cometidos por la empresa criminal, sino la empresa como delito; no el injusto cometido por la colectividad sino la colectividad como injusto».

Ante un colectivo criminal, ante un grupo de terroristas que se reúnen para cometer delitos de terrorismo, el ordenamiento

(2) La pena prevista, según el artículo 317 inciso 2, del Código Penal del Perú, será «no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4».

jurídico se encuentra en la diatriba siguiente: esperar un tiempo a que principien la ejecución de los delitos fin, de los delitos que pretenden llevar a cabo (lo que sería propio del Derecho penal de ciudadanos), o sancionar ya anticipadamente la conformación de la barra terrorista (lo que es propio del Derecho penal del enemigo). Todos los Códigos penales democráticos del mundo optan por la segunda solución. Eso indica que todos los países democráticos, para proteger esa expectativa de protección, requieren de una norma de Derecho penal del enemigo. O lo que es lo mismo: que si no se incriminaban los delitos de organización «la norma no tendría la misma vigencia y los ciudadanos se hallarían profundamente desamparados».

Por ello, todos los ordenamientos penales hacen uso de esa norma de Derecho penal del enemigo por la cual se tipifica de manera anticipada una conducta que, en otro orden de la vida, sería ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado (el de reunión) pero que aquí deviene delictiva porque impide que la norma despliegue su vigencia y proteja a los ciudadanos. Quien esté en contra del Derecho penal del enemigo, que se declare entonces en contra de estas normas: delito de banda armada, delito de asociación delictiva, delito de tenencia ilícita de armas de fuego u objetos explosivos, medidas de alejamiento, etcétera. Mientras no hagan eso, su crítica será acientífica y demagógica y será papel mojado.

En resumen: contestando a tu pregunta, es evidente que, en algunos casos, es absolutamente necesario anticipar las barreras de punición como único medio para mantener la vigencia de la norma, y -con ello- el Estado de Derecho.