

¿Para el enemigo, ni justicia? (*)

Por Ricardo S. Favarotto

Dicen que escribió...

Juan José Sebreli atribuye la expresión “*para el enemigo, ni justicia...*” al ex Presidente Juan Domingo Perón quien, según ese autor, la redactó de su puño y letra en un memorando reservado que le dirigiera, en 1.952, al Dr. Román Alfredo Subiza, (otrora) Ministro de Asuntos Políticos de la Nación¹.

El gobierno constitucional del Gral. Perón, finalmente, fue derrocado en septiembre de 1.955 por la autodenominada Revolución Libertadora, pero esa locución -algo atemperada, es cierto- reapareció más de treinta años después, en la literatura jurídica, de la mano de Günther Jakobs, catedrático de la Universidad de Bonn, que desarrolló la teoría del derecho penal del enemigo².

Para el enemigo...

El enemigo en el derecho penal y procesal penal de Jakobs pasó de ser -en la versión primigenia, de mediados de los ochenta- la criminalidad organizada, para focalizarse sobre todo en el terrorismo internacional, luego de los estremecedores atentados del 11 de septiembre de 2.001, en Estados Unidos, y del 11 de marzo de 2.004, en España.

(*) Reflexiones a raíz del reportaje que le realizara Sebastián Dozo Moreno a Günther Jakobs, y que diera a conocer el diario “*La Nación*”, en su ejemplar del miércoles 26 de julio de 2.006 (págs. 1 y 9).

¹ Cfr. “*Los deseos imaginarios del peronismo*” (edit. Sudamericana, Bs. As., 2.000, pág. 84). De todos modos, esas mismas palabras las reiteró desde el exilio madrileño cuando, a mediados de 1.971, Fernando “Pino” Solanas y Octavio Getino le hicieron -para el grupo Cine Liberación- una extensa entrevista, luego publicada por la revista “*Crisis*” (Bs. As., 1.974), donde Perón les dijo: “...un aliado es el que trabaja por la misma causa que trabajamos nosotros. También lo dice Mao Tse-tung: ‘Lo primero que el hombre ha de discernir cuando conduce es establecer claramente cuáles son sus amigos y cuáles sus enemigos’, y dedicarse después, esto ya no lo dice Mao, lo digo yo, al amigo; al amigo, todo; al enemigo, ni justicia...”

² Como es sabido, a partir de los fundamentos provenientes de la sociología funcionalista de Niklas Luhmann, y de su propia paternidad jurídica.

Sin desmedro de la vocación democrática de su autor, es dable sostener que esa tesis jurídica resulta perfectamente compatible con cualquier matriz ideológica autoritaria o totalitaria, como expresión de un derecho penal maximizado, siendo suficiente completar el nombre del enemigo con el del disidente, del hereje, del heterodoxo, del reaccionario, del contrarrevolucionario o, simplemente, del extranjero. Cualquiera de ellos, en nómina siempre abierta de posibilidades, es menos persona que los demás (en especial, que los ciudadanos), y, por lo tanto, tiene menos derechos que los derechos humanos, pues no merece igualdad de trato ante la ley desde que no es uno de los nuestros, sino un enemigo (un bárbaro, habrían dicho los romanos), para el que existe otro derecho, otro proceso y otra justicia penal.

Enrique Bacigalupo, por su parte, relaciona ciertas implicancias de la doctrina de Jakobs con la cuarta vía del derecho penal que enunciara Wolfgang Naucke, exponiendo sus dudas acerca de la legitimidad de semejante concepción del derecho penal³.

Menos condescendiente resulta Luigi Ferrajoli que, lejos de dudas, entiende que las tesis de Jakobs no son del todo nuevas, *“sus antecedentes pueden verse (...) en las perversiones ético-formalistas del positivismo jurídico alemán de la primera mitad del siglo XX... Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a «subsistema físico-psíquico» funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona...”*⁴

En su reciente obra *“El enemigo en el derecho penal”* (edit. Ediar, Bs. As. 2.006), Eugenio Raúl Zaffaroni es categórico al sostener que *“el concepto de enemigo nunca es compatible con un estado de derecho ni con los principios del liberalismo político... Por ello, la admisión jurídica del concepto de enemigo*

³ En efecto, considera este autor que *“Probablemente en este punto existe una cierta coincidencia de la tesis de NAUCKE con el ‘Derecho penal de enemigos’, que describe JAKOBS como una tendencia del Derecho actual que se propone ‘luchar’ contra el delito operando sobre el delincuente y que se justifica a sí misma por la decisión de los autores del delito de autoexcluirse de la comunidad jurídica. Este Derecho penal de enemigos se caracteriza por una disminución de las garantías procesales y la expansión de ciertos límites del Derecho penal material, que son de observar en los delitos cometidos mediante organizaciones (terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, ciertas formas de criminalidad económica o de delitos sexuales). Naturalmente que sobre la legitimidad de un Derecho penal de estas características es posible albergar dudas...”* (cfr. *“Hacia el nuevo Derecho penal”*, edit. Hammurabi, Bs. As. 2.006, pág. 554).

⁴ Cfr. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*, edit. Trotta, Madrid 1.998, pág. 275.

en el derecho (...) siempre ha sido, lógica e históricamente, el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho, puesto que se trata sólo de una cuestión de cantidad de poder, y no de una cuestión de calidad. El poder del soberano queda abierto e incentivado a un creciente incremento a partir de la aceptación de la existencia de un enemigo que no es persona...”⁵

A modo de corolario.

Pues bien, transcurrido más de medio siglo de aquel destemplado manuscrito que se atribuyera al Gral. Perón y que inspirara mis apuntes iniciales, sostengo que en nuestros estados constitucionales de derecho el “enemigo” también merece justicia, porque tiene idénticos derechos que los “demás” (malgrado del Prof. Jakobs, así como de su cuantiosa y cualificada nómina de discípulos), a partir del pleno reconocimiento de su dignidad humana y de su condición de persona, o sea, de sujeto de derechos y deberes ante la comunidad local e internacional.

⁵ Ob cit., págs. 142 y 150.