

DE NUEVO: ¿“DERECHO PENAL” DEL ENEMIGO?*

MANUEL CANCIO MELIÁ (Madrid)**

I. INTRODUCCIÓN

Simplificando mucho para intentar esbozar los trazos básicos del cuadro, puede afirmarse que en los últimos años los ordenamientos penales del “mundo occidental” han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico –en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa– hacia un

* La redacción inicial de este texto fue hecha durante una estancia de investigación, llevada a cabo con ayuda de una beca otorgada por la Fundación Alexander von Humboldt, en las Universidades de Bonn y Múnich. Ha sido publicada en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2003, ps. 57 a 102; ulteriores versiones –con algunas modificaciones– han aparecido en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; traducción al portugués (a cargo de André Callegari): JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre/Río Grande do Sul, 2005; versión en lengua alemana (“Feindstrafrecht?”), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005), ps. 267 a 289; traducción al italiano (a cargo de Federica Resta) en prensa para DONINI (ed.), *Diritto penale dello nemico*, Giuffrè. El trabajo forma parte de los proyectos de investigación “El nuevo sistema de sanciones penales” (MEC, SEJ 2004-7025/JURI; investigador principal: A. Jorge Barreiro) y “Democracia y Seguridad: transformaciones de la política criminal” (Comunidad de Madrid-UAM/2006; investigador responsable: M. Cancio Meliá). Agradezco a los profesores Jakobs y Schünemann, así como al Dr. Müssig, su amable disposición al diálogo.

** Profesor titular de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al Código Penal.

Los cambios frente a la *praxis* político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento, no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que van alcanzando también en los contenidos paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha –con permiso de Hegel y del búho de Atenea– de que asistimos a lo que puede acabar siendo un cambio estructural de orientación. Este cambio cristaliza, de modo especialmente llamativo –como aquí intentará mostrarse–, en el concepto del “Derecho penal del enemigo”, que fue (re-)introducido –de modo un tanto macabro *avant la lettre* (de las consecuencias) del 11 de septiembre de 2001– recientemente por Jakobs¹ en la discusión de la ciencia del Derecho penal.

En el presente texto se pretende examinar, con toda brevedad, este concepto de Derecho penal del enemigo para averiguar su significado para la teoría del Derecho penal y evaluar sus posibles aplicaciones

¹ Cfr. JAKOBS, en Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), *Estudios de Derecho judicial*, nº 20, 1999, ps. 137 y ss. (= *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, 2000); ídem, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, ps. 47 y ss., 51 y ss. (= en MUÑOZ CONDE [ed.], *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, ps. 53 y ss.); véase también, ídem, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, ps. 57 y ss.; ídem, en HSU/YU-HSIU (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure* (Libro homenaje Hung), Taipei, 2003 (= “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1ª ed., 2003; = supra, en la presente publicación), ps. 41 y ss. (coincidiendo en lo esencial: ídem, HRRS 3/2004 - <http://www.hrr-straftrecht.de/>); ídem, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004 (= La pena estatal: significado y finalidad, en prensa, Civitas), ps. 40 y ss.; ídem, “Terroristen als Personen im Recht?” (manuscrito en prensa para ZStW 117 [2005], fasc. 4; = supra en la presente publicación: “¿Terroristas como personas en Derecho?”); el concepto fue introducido por primera vez por JAKOBS en el debate en su escrito publicado en ZStW 97 (1985), ps. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho penal*, 1997, ps. 293 y ss.); cfr. también ídem, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991 (= *Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación*, 1995), 2/25c.

e implicaciones político-criminales. Para ello, en un primer paso, se intentará esbozar la situación global de la política criminal de la actualidad (*infra* II.). A continuación, se podrá abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho penal del enemigo, sobre todo, desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva (*infra* III.). La tesis a la que se arribará es que el concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia política, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales. Sin embargo, en cuanto Derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos.

II. SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL. DIAGNÓSTICO: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

A. Introducción

Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el denominador mínimo común del concepto de la “expansión” del Derecho penal². En efecto, en el

² Un término que ha utilizado SILVA SÁNCHEZ en una monografía, de gran repercusión en la discusión, dedicada a caracterizar en su conjunto la política criminal de las sociedades “postindustriales” (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., 1999; 2ª ed., 2001, pássim; traducción alemana de la primera edición: *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*, 2003; sobre el libro de SILVA SÁNCHEZ, véase sólo LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12 [2003], ps. 441 y ss.); acerca de la evolución general de la política criminal en los últimos años, cfr. también las exposiciones críticas de los autores de la escuela de Frankfurt recogidas en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995 (= *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000); cfr. también las contribuciones reunidas en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, cinco tomos, 1998. Desde luego, son los estudios planteados desde esa perspectiva teórica los que en muchos casos han contribuido a poner en marcha la discusión; cfr. también la crítica de SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, ps. 201 y ss. (= *ADPCP*, 1995, ps. 187 y ss.); al respecto, vid. también, por todos, el análisis crítico del potencial de la aproximación “personal” a la teoría del bien jurídico –esencial en las construcciones de los autores de Frankfurt– desarrollado por MÜSSIG, *RDPCr* 9 (2002), ps. 169 y ss. (= “Desmaterialización del bien jurídico

momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado y visible en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la “expansión” del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal, desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno, ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos³, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Resumiendo: en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que, en su conjunto, hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”⁴ de características

y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, 2001, pássim). En la bibliografía española más reciente, cfr. sólo los trabajos de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pássim; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001, pássim; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, 2001, ps. 252 y ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003. Desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, véase el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, ps. 178 y ss., 345. Adopta una posición político-criminal de orientación completamente divergente de la de las voces críticas antes citadas –como ya muestra de modo elocuente el título– ahora GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad, 2003; véase también, relativizando la justificación del discurso globalmente crítico, POZUELO PÉREZ, *RDPP 9* (2003), ps. 13 y ss.

³ Cfr. JAKOBS, *ZSiW 97* (1985), p. 751.

⁴ Sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, 1991, ps. 50 y ss.

antiliberales⁵. Simplificando mucho, probablemente en exceso, éste es un primer punto de partida de la situación político-criminal⁶ que cabría ubicar temporalmente en los años ochenta del siglo XX, y que plantea lo que podría denominarse la “crisis propia” del Estado social en materia criminal. Como se intentará exponer a continuación, sin embargo, esta problemática expansiva que podría resumirse en la idea del “Derecho penal del riesgo” no es la única: en la evolución más reciente, hay otros fenómenos de expansión que añaden características distintas a ese cuadro político-criminal de partida.

B. Los fenómenos expansivos

En primer lugar se trata, entonces, de esbozar una imagen más concreta y más actual de esta evolución político-criminal. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en lo esencial en dos fenómenos: el llamado “Derecho penal simbólico” (*infra* 1.) y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo” (*infra* 2.). En todo caso, debe subrayarse desde el principio que estos dos conceptos sólo identifican aspectos fenotípico-sectoriales de la evolución global, y no aparecen de modo clínicamente “limpio” en la realidad legislativa (*infra* 3.). Ambas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista” —ésta será la tesis a exponer aquí— constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Sólo teniendo en cuenta esta filiación en la política criminal moderna podrá apprehenderse el fenómeno que aquí interesa (en el que se entrará *infra* III.).

1. El Derecho penal simbólico

Particular relevancia corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma

⁵ Véase, por ejemplo, HASSEMER, en PHILIPPS *et al.* (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, ps. 85 y ss. (p. 88); ídem, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, ps. 329 y ss.; HERZOG, *Unsicherheit* (nota 4), ps. 65 y ss.; ALBRECHT, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Zustand des Strafrechts* (nota 2), ps. 429 y ss.

⁶ Cfr. recientemente el cuadro trazado por Díez RIPOLLÉS, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÀ (eds.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, ps. 243 y ss.

críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos”⁷. Como ha señalado Hassemer desde el principio de esta discusión, quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado⁸, es decir, la idea de que se inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos. Por lo tanto, para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por los participantes en el discurso político-criminal. Sin embargo, a pesar de ese postulado (de que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea –en el caso de las teorías retributivas– la realización de la justicia), los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho penal simbólico” como fenómeno extraño al Derecho penal. En efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la “criminología crítica” –y, en particular, desde el así llamado enfoque del *labeling approach*–⁹, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría “delito”, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma¹⁰: los elementos de interacción

⁷ Véase sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones contenidas en VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, pássim; cfr. también, más sucintamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, ps. 304 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, ps. 253 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Anticipación* (nota 2), ps. 56 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *AP*, 2001, ps. 1 y ss. (= *ZStW* 113 [2001], ps. 516 y ss.), todos con ulteriores referencias.

⁸ *NSiZ* 1989, ps. 553 y s. (= *PyE* 1 [1991], ps. 23 y ss.).

⁹ Véase, por todos, las referencias en VOSS, *Symbolische Gesetzgebung* (nota 7), ps. 79 y ss.

¹⁰ JAKOBS, *AT*², 1/4 y ss.; véase también BARATTA, *PyE* 1 (1991), p. 52, y la exposición de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Anticipación* (nota 2), ps. 90 y ss. en torno a las relaciones entre Derecho penal preventivo y Derecho penal simbólico.

simbólica son la misma esencia del Derecho penal¹¹. Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar “simbólicas”? Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer específica referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”¹², es decir que en estos ámbitos predomina una función latente sobre la manifiesta, o, dicho en una nueva formulación, que hay una discrepancia entre los objetivos invocados por el legislador –y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste– y la “agenda real” oculta bajo aquellas declaraciones expresas¹³.

En la “Parte Especial” de este Derecho penal simbólico, corresponde especial relevancia –por mencionar sólo este ejemplo–, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos¹⁴. Un examen de esta “Parte Es-

¹¹ Cfr., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, *AP*, 2001, ps. 4 y ss.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 7), p. 305.

¹³ Aunque este factor –lo que podría llamarse mendacidad política– no es el elemento decisivo para la valoración del fenómeno. En cierto sentido, puede afirmarse que en el sector de regulación del Derecho penal del enemigo, está “resuelta” la discusión, mantenida hasta ahora en torno al concepto de Derecho penal simbólico, respecto de si el criterio decisivo para valorarlo es la mendacidad (desajuste entre fines proclamados y “agenda oculta”) o, por el contrario, la ilegitimidad de los efectos de la pena producidos (cfr. sólo DÍEZ RIPOLLÉS, *AP*, 2001, ps. 1 y ss., 14 y ss., con ulteriores referencias; otro punto de vista en DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, *RDPP* 7 [2002], ps. 119 y ss., 125 y ss.): pues aquí, como se intentará mostrar, se dan *ambas* características al mismo tiempo.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, respecto de los delitos de lucha contra la discriminación, últimamente LANDA GOROSTIZA, *IRPL/RIDP* 73, ps. 167 y ss., con ulteriores referencias. Véase también acerca de este tipo de infracciones CANCIO MELIÁ, EN JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, 2000, ps. 139 y ss.; ídem, *JpD* 44 (2002), p. 26. En el Derecho comparado, en contra de la legitimidad de los preceptos análogos del Código Penal alemán, cfr. sólo la contundente crítica de JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), ps. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán –a diferencia de la tipificación española– la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de los hechos en cuestión en función de la gravedad social de los mismos.

pecial” indica, con toda claridad, que el Derecho penal simbólico no sólo implica una puesta en escena por parte de determinados agentes políticos, sino que, además, en cierto modo es también la sociedad en su conjunto la que lleva a cabo una (auto-)representación: “¡Nosotros no somos así!”. Un exorcismo: “¡El racismo no forma parte de esta sociedad!” (esto queda “probado”, de hecho, por una determinada criminalización; con independencia de que ésta quizás sea completamente inadecuada para llegar a un nivel de aplicación razonable). Pero, en todo caso, puesto que lo cierto y evidente es que las cosas son justo al revés, en tales casos no se confirma una determinada identidad social, sino que ésta se pretende *construir* mediante el Derecho penal¹⁵. Más adelante podrá hacerse alguna consideración

Aun así, han surgido también en ese país voces que –más allá de las consideraciones de JAKOBS acabadas de citar– ponen en duda la adecuación del ordenamiento penal en este contexto: véase, por ejemplo, SCHUMANN, StV, 1993, ps. 324 y ss.; AMELUNG, ZStW 92 (1980), ps. 55 y ss. Ante el consenso político que concitan estas normas en el caso alemán resulta significativo que el antecedente de la infracción está en el delito de “provocación a la lucha de clases”; véase LK¹¹-VON BUBNOFF, comentario previo a los §§ 125 y ss.

¹⁵ Con gran claridad, JAKOBS (AT² [nota 1], 2/25c) expone que tal Derecho penal simbólico (en concreto, en referencia a los “delitos de protección de un clima”) es tanto más necesario cuanto más débil sea la legitimidad de la Ley penal. Esto como descripción, en un primer momento, con independencia de si estas normas (la criminalización como creación parcial de identidad en lugar de confirmación de ésta) pueden ser legítimas (o en qué medida éste es el caso). En sentido paralelo, JAKOBS afirma, respecto del actual Derecho penal internacional en ciernes, que la diferencia entre el establecimiento de un orden y su estabilización precisa de su aprehensión y elaboración teórica (Staatliche Strafe [nota 1], ps. 47 y s.). Recuérdese, por otro lado, que JAKOBS ha sido uno de los pocos autores alemanes (vid. sólo GA, 1994, ps. 1 y ss.) que ha afirmado con decisión que los procesos dirigidos contra antiguos funcionarios de seguridad o militares de la República Democrática Alemana (en el contexto de los homicidios cometidos en la frontera sobre quienes querían abandonar la RDA) no son la aplicación del Derecho penal ordinario (se pretende que a estos sujetos, condecorados algunos de ellos por el “cumplimiento del deber socialista”, se les aplica... ¡el Código Penal de la RDA entonces vigente!). En este sentido, no parece que la cuestión del tiranicidio o del derecho de resistencia en general deba incluirse en el orden del día del Derecho penal ordinario; por definición, la violencia que se aplica en un proceso revolucionario o de resistencia –con independencia de su legitimidad– no es la coacción de la pena (véase JAKOBS, “Terroristen als Personen” [nota 1], nota 17).

acerca de otras funciones latentes del Derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el Derecho penal del enemigo¹⁶.

2. El resurgir del punitivismo

Sin embargo, reconducir los fenómenos de “expansión”, que aquí interesan de modo global, sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas, no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión¹⁷, o sea, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas¹⁸, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas, en el que fueron desapareciendo diversas infracciones –recuérdese sólo la situación del Derecho penal en materia de conductas de significado sexual– que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”¹⁹: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antece-

¹⁶ *Infra* III.B.2.

¹⁷ En este sentido, puede hablarse de una expansión por intensificación; véase SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en DA AGRA/DOMÍNGUEZ/GARCÍA AMADO/HEBBERECHT/RECASENS, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, 2003, ps. 113 y ss.; subraya que esta vertiente de la evolución político-criminal no ha sido abordada con suficiente profundidad (al centrarse la atención en lo que podría llamarse “Derecho penal del riesgo”) en la discusión teórica Díez RIPOLLÉS, JpD 49 (2004), p. 28; cfr. también ídem, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 6), ps. 252 y ss., 256 y ss.

¹⁸ Si bien puede observarse que en muchos casos se produce una aplicación selectiva.

¹⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias* (nota 14), ps. 131 y ss., 135 y ss.

dentos. Pero estos procesos de criminalización –y esto es nuevo– en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política–demandas de descriminalización/derecha política–demandas de criminalización²⁰. En este sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional “populismo” en la legislación penal: la historia no se repite.

Respecto de la izquierda política, resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea –simplificando, claro está– que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación²¹ a una línea que descubre las pretensiones de neocriminalización específicamente de izquierdas²²: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etcétera²³. Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser “conservador”, sino igual de “progresista” (o más) que todos los demás grupos (= en este contexto: defensista). En este sentido, la derecha

²⁰ Así, por ejemplo, subraya SCHUMANN respecto de las infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del Derecho penal, StV, 1993, p. 324. Vid. en este sentido, por lo demás, las consideraciones sobre las demandas de criminalización de la socialdemocracia europea en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 69 y ss.; se trata de una situación en la que cualquier colectivo tiene “sus” pretensiones de criminalización frente al legislador penal: cfr. la exposición sintomática de ALBRECHT, en *Vom unmöglichen Zustand* (nota 2), p. 429; respecto de la persecución de fines de llamada moral haciendo uso de la legislación penal sólo VOSS, *Symbolische Gesetzgebung* (nota 7), ps. 28 y ss.

²¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), p. 57 y ss. acerca de este cambio de orientación; movimiento paralelo en las ciencias penales: la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; véase sólo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 7), ps. 18 y ss.

²² “Go and tell a worker robbed of his week’s wages or a raped woman that crime doesn’t exist”, frase significativa del criminólogo YOUNG citada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 7), p. 23, nota 36.

²³ Véase sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 69 y ss., con ulteriores referencias.

política –en particular, me refiero a la situación en España– ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos “progresistas”²⁴. Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda, una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario, y en la que la demanda indiscriminada de mayores y “más efectivas” penas ya no es un tabú político para nadie.

Desde el punto de vista aquí adoptado, esta evolución se produce con especial rapidez en España. Después del proceso de descriminalización en diversos sectores de regulación que, por razones políticas bien conocidas, sólo pudo llevarse a cabo a partir del año 1977 (en este caso, se trataba más bien de un desescombramiento de los relictos remanentes de la legislación penal de la dictadura del general Franco, que concluyó, más o menos, recién en el CP de 1995), la reforma del Derecho penal entró en una fase de ralentización muy notable durante un tiempo prolongado, de modo que se presentaron varios proyectos y anteproyectos de nuevo Código Penal –sometidos a un exhaustivo estudio y análisis por parte de la doctrina– hasta que en 1995 –de modo repentino y al fin de la temporada (justo antes de la pérdida de la mayoría parlamentaria de los socialdemócratas al año siguiente), y, por lo tanto, sin discusión científica, en la opinión pública o, siquiera, apenas debate parlamentario–, se obtuvo el logro del llamado “Código Penal de la democracia”. Como es natural, existe en la discusión científica un debate en torno a la calidad técnica o teórica de este Código Penal; no se pretende aquí poner en duda que el nuevo texto ha eliminado muchos problemas dogmáticos. Sin embargo, lo único acerca de lo que *no* se puede discutir es que este Código es mucho más represivo que el texto refundido (reformado parcialmente a partir de 1977) del año 1973 (!). Es un Código que, según Gimbernat Ordeig,

²⁴ Sólo así se explica, por ejemplo, que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno en el año 1999, la que haya impulsado y aprobado una modificación/ampliación del delito de acoso sexual, regulado en el art. 184 CP, que supone una vuelta de tuerca sobre la regulación poco afortunada introducida en el CP de 1995.

“está influenciado por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la ‘ley y el orden’, por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo”²⁵; del que ha dicho Rodríguez Mourullo que “no sigue ninguna línea político-criminal coherente”²⁶. Naturalmente, esta evolución no ha concluido con aquel regalo de despedida jurídico-penal de los socialdemócratas. La mayoría parlamentaria de la derecha política existente en España, desde 1996 hasta la primavera de 2004, ha hecho caer una verdadera cascada de reformas penales sobre la imprenta del *Boletín Oficial del Estado* (en muchos sectores diversos) que en el año 2004 (justo para las elecciones generales) desembocó en una especie de revisión general del Código de 1995, adaptando, mediante el incremento generalizado de los marcos penales y la creación de nuevos tipos delictivos, la legislación penal española al nuevo clima político²⁷. Esto ha sucedido —es esencial subrayarlo— con una aprobación muy amplia de casi todas las fuerzas políticas, especialmente en todos aquellos ámbitos que algo podrían tener que ver con el terrorismo²⁸;

²⁵ En su Prólogo a la primera edición del Código Penal español de 1995 (Tecnos), 1996.

²⁶ en ídem/JORGE BARREIRO *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 18.

²⁷ Cfr. sobre las últimas reformas en España, por todos, la sinopsis en SANZ MORÁN, *RD Pen 4* (2004), ps. 11 y ss.

²⁸ De hecho, éste es el ámbito en el que el peligro de contaminación del Derecho penal “normal” por la nueva normativa de excepción es más intenso; cfr. también JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 1), p. 46. Es significativo, como síntoma del clima político-social, ya el uso inflacionario del término (las siguientes expresiones han sido utilizadas por diversos responsables públicos en los últimos tiempos en España): desde el terrorismo “normal” (comisión de infracciones penales gravísimas para la consecución de fines políticos), pasando por los “terroristas domésticos” (hombres que maltratan a sus mujeres), los “ciberterroristas” (*hackers* que pretenden causar daños en los ordenadores atacados) o los “terroristas medioambientales”, hasta llegar al “terrorismo forestal” (provocar incendios forestales). Sólo hace falta sumar a lo anterior la conocida tesis “todos los terrorismos son iguales” y la subtesis derivada, estilo G. Stein, “un terrorista es un terrorista (es un terrorista...)” (con la intención: y quien advierta alguna diferencia, igual de qué clase, como, por ejemplo, entre quienes atentan contra las tropas de ocupación en Irak y los autores de hechos de las *Brigate Rosse*, *Action Directe*, de ETA o de la *Rote Armee Fraktion*, evidentemente ¡es comprensivo con los terroristas!), y ya no hace falta un Código Penal, sino bastará un Código de lucha contra el terrorismo. O nada de Código, incluso, sino sólo “lucha”. Cfr. también *infra* III.B.4.

en cuanto se pronuncia esa palabra, casi todos los agentes políticos inician una carrera para llegar los primeros al frente (mediático) del “decidido combate”. Por otra parte, hasta el momento no hay indicio alguno de que la nueva mayoría parlamentaria surgida después de los atentados en Madrid de marzo de 2004, pretenda revertir algún elemento de esta última contrarreforma.

El modo más claro de apreciar la dimensión de este fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones –abandonadas hace años en el discurso teórico de los ordenamientos penales continentales– como la de inocuización²⁹.

En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del Derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión” dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas. Un ejemplo, tomado del Código Penal español, lo constituyen las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias psicotrópicas³⁰: la regulación contenida en el texto de 1995 duplica la pena³¹ prevista en la regulación anterior³², de modo que la venta de una dosis de cocaína –considerada una sustancia que produce “grave daño a la salud”, lo que da lugar a la aplicación de un tipo cualificado– supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a,

²⁹ Véase sólo SILVA SÁNCHEZ, en ídem, *Estudios de Derecho penal*, 2000, ps. 233 y ss.; ídem, *La expansión* (nota 2), ps. 141 y ss.

³⁰ Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente por todos, GÓZALEZ ZORRILLA, en LARRAURI PIJOAN (dir.)/CGPJ (eds.), *Política criminal*, 1999, ps. 233 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en BERISTAIN IPIÑA (dir.)/CGPJ (eds.), *Política criminal comparada, hoy y mañana*, 1999, ps. 87 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS/GARRIDO DE LOS SANTOS, *Las drogas en la delincuencia*, 2004; respectivamente, con ulteriores referencias; en cuanto a la enorme relevancia que corresponde en la realidad del sistema de Administración de Justicia y penitenciario a estas infracciones, cfr. sólo los datos relacionados respecto del caso español en *RDPCr 4* (1999), ps. 881, 892 y s.; véase las consideraciones globales al respecto, por ejemplo, en SCHÜNEMANN, GA, 2003, ps. 306 y ss.

³¹ Teniendo en cuenta el cambio en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en el anterior Código (texto refundido de 1973), como es sabido, el cumplimiento efectivo solía situarse en la mitad de la extensión nominal de la pena.

³² Cfr. arts. 368 CP 1995 y 344 CP TR 1973.

aproximadamente, uno a cuatro años en el anterior Código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo “Código Penal de la democracia”, apoyado parlamentariamente por la izquierda política.

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en los Estados Unidos –sin tener en cuenta las más recientes medidas legislativas– puede ser reveladora de cuál es –o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar– el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de “*three strikes*” puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código Penal español ni siquiera ingresara en prisión³³, en algunos Estados de los EE.UU. sufra cadena perpetua, entendida ésta, además, en sentido estricto (hasta la muerte del condenado)³⁴.

3. Punitivismo y Derecho penal simbólico

Con lo expuesto hasta el momento, ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados como indicadores del panorama global no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, esto tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que, en principio, cabría catalogar de “meramente simbólicas”, pueden llegar a dar lugar a un proceso penal “real”³⁵.

³³ Por ejemplo: un delito de robo del art. 242.3 junto con uno de lesiones del art. 147.2 y otro de quebrantamiento de condena del art. 468, CP.

³⁴ Cfr. sólo BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, ps. 89 y ss., 96; respecto del caso del Estado de California véase, por ejemplo, los datos recogidos en <http://www.facts1.com>. Cfr. también las referencias en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 142 y ss.

³⁵ En este sentido, respecto del art. 510 del CP español –junto con el art. 607.2 CP, que contiene una infracción que penaliza la conducta de “difusión por cualquier

Lo que sucede es que, en realidad, la denominación “Derecho penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales, sino que, como antes se indicaba, identifica un especial significado simbólico del proceso mismo de criminalización, es decir, la especial importancia otorgada por el legislador³⁶ a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político³⁷, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.

Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos– persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros”, como no partícipes de esa identidad. Y parece claro que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo³⁸ exacerbado,

medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos de genocidio– sigue siendo significativa la condena –en primera instancia–, de un sujeto filonazi, propietario de una librería en la que vendía libros de esa orientación, a cinco años de pena privativa de libertad (concurso real entre ambas infracciones; S. Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona de 16.11.1998).

³⁶ Que es lo que ahora interesa; pero, por supuesto, cabría identificar –y muchos– supuestos de “aplicación simbólica” de normas penales.

³⁷ Cfr. sólo las referencias de estas prácticas respecto del ámbito anglosajón en BECKETT, *Making Crime Pay* (nota 34), pássim, y VON HIRSCH, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik* (nota 2), t. V., ps. 31 y ss.

³⁸ P. ej., desde la perspectiva de la criminología, YOUNG (*La sociedad “excluyente”*. *Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, traducción y presentación de BERGALLI, 2003) atribuye especial importancia a la cuestión criminal en los mecanismos sociales de exclusión: “...la imputación de criminalidad sobre el otro desviado es parte necesaria de la exclusión” (p. 178); véase este punto de partida (aplicado a la custodia de seguridad introducida recientemente en el ordenamiento suizo) también en KUNZ, *ZStrR* 122 (2004), ps. 234 y ss., 239 y ss.; cfr. aquí *infra* III.B.2.

en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación, puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.

III. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Seguidamente se intentará analizar el concepto de Derecho penal del enemigo para determinar su contenido y su relevancia sistemática. Para ello, en primer lugar se presentarán las definiciones determinantes que han aparecido en la bibliografía y se propondrá alguna precisión a esa definición conceptual. Para ello, es especialmente relevante la imbricación del fenómeno en la evolución político-criminal general, es decir, su genealogía (*infra* A.). Finalmente, se esbozarán las dos razones fundamentales por las que, desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal³⁹ presente en las legislaciones positivas: por un lado, la función de la pena en este sector, que difiere de la del Derecho penal “verdadero”; por otro, como consecuencia de lo anterior, la falta de orientación con base en el principio del hecho (*infra* B.).

A. Determinación conceptual

1. Derecho penal del enemigo (Jakobs) como tercera velocidad (Silva Sánchez) del ordenamiento jurídico-penal

Según Jakobs⁴⁰, 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

³⁹ Es decir: un Derecho penal meramente formal, que difiere estructuralmente de la imputación que es practicada normalmente bajo esa denominación; cfr. *infra* III.B.2. y 4.

⁴⁰ Quien, como se ha señalado, ha introducido –en tres fases, podría decirse, en 1985, 1999/2000 y 2003/2004/2005– el concepto en la discusión más reciente (JAKOBS, ZStW 97 [1985], ps. 753 y ss.; ídem, AT², 2/25c; ídem, *Estudios de*

hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo (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 tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas⁴¹. De

Derecho judicial, nº 20 [nota 1], ps. 137 y ss.; ídem, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT [eds.], *Strafrechtswissenschaft* [nota 1], ps. 47 y ss., 51 y ss.; ídem, *Staatliche Strafe* [nota 1], ps. 40 y ss.; ídem, “Terroristen als Personen” [nota 1], pássim); exhaustivo análisis y valoración crítica de los escritos de Jakobs publicados hasta 2003 en PRITTWITZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (eds.), *La política criminal en Europa*, 2004, ps. 107 y ss. Ciertamente, cabría identificar –como subraya SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), p. 165 con nota 388– muchos antecedentes materiales de la noción de Derecho penal del enemigo, en particular, en determinadas orientaciones de la prevención especial anteriores a la Segunda Guerra Mundial; cfr. MUÑOZ CONDE, *Doxa 15-16* (1994), ps. 1031 y ss. Desde una perspectiva temporal más amplia, y con orientación filosófica, véase el análisis correspondiente de PÉREZ DEL VALLE (CPC 75 [2001], ps. 597 y ss.), relativo a las teorías del Derecho penal contenidas en las obras de ROUSSEAU y HOBBS; cfr. últimamente, también a este respecto, la perspectiva de ZAFFARONI, *Investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2004, ps. 19 y ss., 29 y ss. y de GRACIA MARTÍN, REPC n° 7 (2005) “<http://criminet.ugr.es/recpc/>” <http://criminet.ugr.es/recpc/> (sobre todo: III.). En todo caso, cabe pensar que este aspecto –los antecedentes históricos– puede ser dejado de lado desde el punto de vista de la política criminal actual –no en el plano global-conceptual, claro– teniendo en cuenta las diferencias estructurales entre los sistemas políticos de aquellos momentos históricos y el actual.

⁴¹ Véase, sintéticamente, JAKOBS, *Estudios de Derecho judicial*, nº 20 (nota 1), ps. 138 y s. Los trabajos de JAKOBS han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas. En esta línea, atribuyen a JAKOBS una posición afirmativa respecto de la existencia de Derecho penal del enemigo, por ejemplo, SCHULZ, *ZStW* 112 (2000), ps. 659 y ss.; diferenciando el significado político-criminal de la primera (1985) y de la segunda (1999/2000) aproximación, PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), ps. 774 y ss., 794 y ss., 794 y s. con nota 106; ídem, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (eds.), *La política criminal* (nota 40), ps. 107 y ss., 119; SCHÜNEMANN, *GA*, 2001, ps. 210 y ss.; ídem, *GA*, 2003, ps. 299 y ss., 312 y s.; AMBOS, *Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*, 2002, ps. 63 y ss., 63 y s.: “otorga a futuros regímenes injustos una legitimación teórica”, ibidem, nota 135; incluso se afirma que JAKOBS con estos desarrollos se aproxima constantemente al pensamiento “colectivista-dualista” de Carl SCHMITT; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el*

modo materialmente equivalente, en España Silva Sánchez ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal⁴². De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos “velocidades” en el marco del ordenamiento jurídico-penal⁴³: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de

nacionalsocialismo, 3ª ed., 2002, ps. 116 y ss.; 4ª ed., 2003, ps. 121 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto nº 83 (2002), ps. 78 y ss., 81; ídem, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 694: “...justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías”; DÜX, ZRP 2003, ps. 189 y ss., 194 y s.; LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12 (2003), ps. 455 y s.; ampliamente APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, pássim, ps. 76 y ss., 129 y ss., 312 y ss.; DEMETRIO CRESPO, NDP 2004/A, ps. 47 y ss.; véase ahora el amplio análisis, hecho contextualizando la aparición del Derecho penal del enemigo en el conjunto de la evolución político-criminal, realizado por FARALDO CABANA, en ídem (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, ps. 299 y ss., 305 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, en *La política criminal* (nota 40), ps. 82 y ss.; KUNZ, *ZStrR* 122 (2004), ps. 234 y ss., 241 y ss.; LASCANO, en Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ed.), *XVI Congreso Latinoamericano/VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, 2004, ps. 223 y ss.; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, en *La política criminal* (nota 40), p. 20; ZAFFARONI, en *Investidura* (nota 40), ps. 19 y ss.; véase también Díez Ripollés, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 6), ps. 263 y ss. Por otra parte, aparte de SILVA SÁNCHEZ (sobre su posición, véase a continuación en el texto), han hecho referencia a la concepción de JAKOBS en términos más bien descriptivos o afirmativos (en algunos casos) KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, ps. 177 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *RJUAM* 4 (2001), ps. 9 y ss., 46 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, *CPC* 75 (2001), ps. 597 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte General*, t. I: “Fundamentos científicos del Derecho penal”, 4ª ed., 2001, ps. 185 y ss.; CANCIO MELIÁ, *JpD* 44 (2002), ps. 19 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos* (nota 2), ps. 120 y ss.; cfr. ahora la nueva y exhaustiva toma de posición, de carácter crítico, de este autor en *RECPC* 7 (2005). Recientemente, una nueva aproximación de JAKOBS a la cuestión, en un trabajo en el que revisa la teoría de la pena por él desarrollada hasta el momento (*Staatliche Strafe* [nota 1], ps. 41 y ss.), despeja toda duda acerca de que JAKOBS considera legítimo un “Derecho penal del enemigo” al menos en algunos casos; cfr. sobre esto CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), ps. 267 y ss., 287 y ss. e *infra* III.B.4.

⁴² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 163 y ss.

⁴³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 159 y ss.

libertad, y en el que, según Silva Sánchez, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos –tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño–, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas “clásicos”⁴⁴. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no –una cuestión que excede de estas breves consideraciones–, la imagen de las “dos velocidades” induce inmediatamente a pensar –como ya ha hecho el propio Silva Sánchez–⁴⁵ en el Derecho penal del enemigo como “tercera velocidad”, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la “flexibilización” de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

2. Precisiones

a) *Planteamiento*

Hasta aquí la descripción. La cuestión que ahora se plantea es, naturalmente, qué es lo que hay que hacer en el plano teórico-sistemático con esa realidad constatada. ¿Falta algún elemento en el cuadro trazado? Más allá de esto: ¿Hay que detenerse en esa constatación de la existencia del Derecho penal del enemigo? ¿Hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás “domándolo” al introducirlo en el ordenamiento jurídico-penal?⁴⁶ ¿Debe expulsarse del ordenamiento? En resumen: ¿es legítimo?⁴⁷ Dicho de otro modo: no está claro si se trata de un concepto meramente descriptivo o afirmativo. Antes de intentar dar respuesta a esa cuestión, parece necesario, sin embargo, llevar a cabo algunas consideraciones acerca del contenido del concepto de Derecho penal del enemigo.

⁴⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 159 y ss., 161 y s.

⁴⁵ En la 2ª ed. de su monografía *La expansión* (nota 2), ps. 163 y ss.

⁴⁶ Sobre esto JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 1), ps. 45 y s.

⁴⁷ Cfr. el título de la contribución de PRITTWITZ EN MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (eds.), *La política criminal* (nota 40), ps. 107 y ss.: “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”.

Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones teóricas antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción⁴⁸.

En lo relativo al alcance concreto de estas normas realmente existentes, queda mucho trabajo por hacer. Puesto que se trata, como antes se ha indicado –y el propio Jakobs subraya en muchas ocasiones–, de una definición típico-ideal, para determinar la “Parte Especial” jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo sería necesario un estudio detallado, tipo por tipo –que excedería, obviamente, del marco del presente texto–, de diversos sectores de regulación⁴⁹. En este sentido, seguramente es cierto (como ha afirmado Silva Sánchez⁵⁰) que es necesario deslindar en la *praxis* de análisis de la Parte Especial diversos niveles de intensidad en los preceptos jurídico-penales concretos, y que, en el plano teórico, cabe apreciar que en su alcance concreto, la noción de Derecho penal del enemigo propuesta por Jakobs en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al “Derecho penal de la puesta en riesgo” o delitos de nueva introducción dentro del sector de la actividad económica) que la de la segunda y tercera fase (a partir de 1999), más orientadas con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo).

En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está en

⁴⁸ El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (SILVA SÁNCHEZ dice [*La expansión*, nota 2, p. 166] que sobre esto “no parece que se pueda plantear duda alguna”), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de JAKOBS (cfr., p. ej., expresamente PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto n° 83 [2002], ps. 77 y ss., 83, 91; DEMETRIO CRESPO, *NDP* 2004/A, p. 50; LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12 [2004], p. 455).

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, el catálogo internacional expuesto por PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto n° 83 (2002), ps. 83 y ss., o el análisis de FARALDO CABANA, en ídem (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coords.), *Nuevos retos* (nota 41), ps. 299 y ss., 305 y ss., 317 y ss., respecto de la situación en el ordenamiento español.

⁵⁰ En una contribución de seminario, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), 5/2003.

los delitos⁵¹ relacionados con las drogas⁵², en la reacción del Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración⁵³, en general, en el Derecho penal de la “criminalidad organizada”⁵⁴, y, sobre todo, en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995⁵⁵, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000⁵⁶, y finalmente mediante las reformas entradas en vigor en el año 2004 en este campo⁵⁷.

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, que nada significa⁵⁸, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental⁵⁹, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas⁶⁰:

⁵¹ Más allá de las características de la criminalización, puede apreciarse que también en Derecho penitenciario existe una orientación al “enemigo”; véase por todos FARALDO CABANA, en ídem (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coords.), *Nuevos retos* (nota 41), ps. 317 y ss.

⁵² Cfr. las referencias supra en nota 30.

⁵³ Cfr., por todos, respecto de la reacción del Derecho penal español frente al fenómeno, CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 6), ps. 343 y ss.

⁵⁴ Véase sólo SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005, pássim.

⁵⁵ Cfr. la sintética descripción en CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *Comentarios* (nota 26), ps. 1384 y ss.

⁵⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ, *JpD* 44 (2002), ps. 19 y ss., 23 y ss.; ídem, en FERRER *et al.*, *Derecho, libertades y razón de Estado*, 2005, ps. 21 y ss.

⁵⁷ Fundamentalmente, a través de las LL.OO. 7 y 15/2003.

⁵⁸ En términos del significado habitual de la pena criminal en la comunicación; sobre esto a continuación infra III.B.2.

⁵⁹ Desde esta perspectiva, es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuizadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de *managerial criminology*, en particular, en lo que se refiere a la identificación de determinadas clases de autores respecto de los cuales sería especialmente “rentable” en términos preventivos imponer medidas de inocuización (*selective incapacitation*); véase, por todos, las exposiciones de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 141 y ss., 145 y BRANDARIZ GARCÍA, en FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coords.), *Nuevos retos* (nota 41), ps. 43 y ss.

⁶⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ (*La expansión* [nota 2], p. 163): “fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Esta-

“...la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que tiene que proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, [...] *la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –la destinataria de expectativas normativas– muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo*”⁶¹.

Con este instrumento, entonces, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos⁶².

b) Carencias

Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, esa definición es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada).

En primer lugar: aun sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo (“cárteles de la droga”; “criminalidad de la inmigración”; otras formas de “criminalidad organizada” y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de “enemigos” en este sentido seudorreligioso, que en la acepción tradicional-militar⁶³ del

do”; “reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves” (ibid., p. 166).

⁶¹ JAKOBS, “Terroristen als Personen” (nota 1), II., texto posterior a la nota 5; sin cursiva en el original.

⁶² JAKOBS, *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 20 (nota 1), p. 139.

⁶³ Por otro lado, como es sabido, en el momento actual se están desdibujando también los contornos de la noción de guerra, mezclándose con la de “seguridad”; respecto del caso español, en lo que se refiere a la vulneración de los preceptos constitucionales relativos a la declaración de guerra a través de la *praxis* y de la

término⁶⁴. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “otro”⁶⁵, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro⁶⁶, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente⁶⁷ mediante la atribución de perversidad⁶⁸, mediante su demonización, y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído⁶⁹? Visto desde esta perspectiva, el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, la defensa frente a riesgos –que es el denominador esencial de la agenda político-criminal explícita–, en realidad, es lo de menos⁷⁰. En este

legislación de desarrollo, véase, por todos, MELERO ALONSO, *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español (un mecanismo para el control jurídico de la participación del Estado español en conflictos armados)*, en prensa, Dykinson. Véase también, en paralelo, el proceso de militarización de las fuerzas de persecución penal, en el ejemplo del caso colombiano, descrito por APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht* (nota 41), ps. 256 y ss.

⁶⁴ Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, ps. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Con carácter general sobre este fenómeno de “demonización”, en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de “exclusión”, véase sólo el análisis de YOUNG, *La sociedad “excluyente”* (nota 38), ps. 155 y ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

⁶⁵ Que sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en primera línea un reproche, sino se persigue su neutralización.

⁶⁶ Cfr., sobre los presupuestos del discurso de la eficiencia preventiva, también DÍEZ RIPOLLÉS, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 6), ps. 263 y ss., 273 y ss., con ulteriores referencias.

⁶⁷ Cfr., respecto de esta idea, también el texto infra III.B.2.

⁶⁸ Cfr. el significativo título de la colectánea editada por LÜDERSSEN: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1998.

⁶⁹ Uno de cuyos nombres, es, precisamente, *el Enemigo*.

⁷⁰ Subraya, en la línea del texto, el cambio de paradigma hacia la exclusión (partiendo de la nueva custodia de seguridad suiza) también KUNZ, *ZStrR* 122 (2004), ps. 234 y ss., 241 y ss.; véase aquí infra III.B.2. En todo caso, aunque fuera cierto

sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social), dando lugar al código del Derecho penal del enemigo, o, dicho de otro modo, el Derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. Este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo (o: la paternidad del Derecho penal simbólico, que se ha perdido de vista ante el predominio del discurso político-criminal pretendidamente instrumental-defensista), *en segundo lugar*, abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es (sólo) un determinado “hecho” lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos⁷¹. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus “complejidades”⁷² ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal.

que el Derecho penal del enemigo realmente es ante todo un problema de defensa frente a riesgos, es decir, si la cuestión central fuera en verdad la falta de “apoyo cognitivo” —que JAKOBS no considera garantizado en el caso del “enemigo”— y si ésta pudiera ser siquiera abordada con los medios del Derecho penal, aún habría que someter esta “defensa” a un análisis de legitimidad; cfr. la posición crítica respecto de la concepción, paralela a esa deriva defensiva, de un entendimiento naturalista (“museal”, en la famosa expresión de WELZEL, *ZStW* 58 [1939], ps. 491 y ss., 514 y s., 530) del bien jurídico como punto de partida de una política criminal inflacionaria (bajo el lema: hay que perseguir al riesgo hasta su guarida en la peligrosidad individual del sujeto, anticipando las barreras todo lo que demanden las necesidades de neutralización-defensa) desarrollada por JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), ps. 751 y ss., 783, 785; véase también *infra* III.B.4. Al margen de ello, habría que someter a análisis las condiciones de funcionamiento interno del pronóstico de riesgo pretendido a través de esta aproximación: téngase en cuenta que aquí no se quiere abordar, primordialmente, un análisis de cada individuo “enemigo”, sino la elaboración de tipologías de *clases* de diversos tipos de enemigos. En este sentido, el propio JAKOBS subraya que en muchas ocasiones no se trata de reacciones defensiva-neutralizadoras frente a un individuo peligroso, sino frente al *grupo* hostil (“Terroristen als Personen” [nota 1], IV., texto posterior a la nota 25).

⁷¹ Cfr. sobre esto el texto *infra* III.B.3.

⁷² Un término que, por ejemplo, aparece varias veces en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 como un problema a superar.

B. El Derecho penal del enemigo como contradicción en los términos

1. Planteamiento

Cuando se aborda una valoración del Derecho penal del enemigo en cuanto parte del ordenamiento jurídico-penal, sobre todo se pregunta si debe ser aceptado como inevitable segmento instrumental de un Derecho penal moderno. Para contestar esta pregunta, *en primer lugar*, puede recurrirse a presupuestos de legitimidad más o menos externos al sistema jurídico-penal en sentido estricto: no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o: inconstitucional)⁷³. *En segundo lugar*, puede argumentarse dentro del paradigma de seguridad o efectividad en el que la cuestión es situado habitualmente por los agentes políticos que promueven este tipo de normas penales: el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos⁷⁴. Éstos son,

⁷³ En lo que se alcanza a ver, esta es la argumentación que está en la base de las posiciones críticas existentes en la discusión hasta el momento (véanse las referencias supra, en nota 41).

⁷⁴ En el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido tanto a evitar delitos como ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión, retrasando en cierta medida el proceso de disolución endógeno (ése parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la “primera generación” de la Fracción del Ejército Rojo [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cfr., p. ej., DÜx, *ZRP*, 2003, ps. 191 y s.). Por otra parte, no hay que subrayar especialmente que las cuestiones de prevención negativa y de eficiencia de la persecución penal se presentan de un modo completamente diverso al habitual cuando se trata de terroristas suicidas de orientación religiosa, organizados en pequeños grupos de acción autónomos. De todos modos, es difícil que se pueda aislar para un análisis “eficientista” sólo la cuestión de la efectividad preventiva: pues dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación –como muestran múltiples ejemplos históricos–, de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico (cfr. también infra III.B.4.). Aparte de ello, en el balance de “efectividad” ha de considerarse, como antes se ha dicho, que la mera existencia del Derecho penal del enemigo puede representar –esto debería ser obvio– en alguna ocasión un éxito parcial, precisamente, para el “enemigo” (véase,

naturalmente, caminos transitables, que de hecho se transitan en la discusión y que se deben transitar. Pero aquí se pretende –en tercer lugar– esbozar un análisis previo, interno al sistema jurídico-penal en sentido estricto: ¿el Derecho penal del enemigo (fácticamente existente) forma parte *conceptualmente* del Derecho penal⁷⁵?

Con esta formulación, como es evidente, se implica que en la utilización del concepto se lleva a cabo sobre todo una descripción: la valoración (política: situada fuera de la ciencia del Derecho), en su caso, cae por su propio peso una vez dada la respuesta a los problemas descriptivos. De este modo, se introduce la cuestión, ampliamente discutida, acerca de si este tipo de concepciones pueden legítimamente llevar a cabo tal descripción, o si, por el contrario, todo trabajo teórico en este contexto ofrece siempre, al mismo tiempo, una legitimación (rechazable). A este respecto, sólo ha de anotarse aquí que en la discusión incipiente en torno a la idea de Derecho penal del enemigo desde el principio se perciben, a veces, tonos bastante rudos, que se dirigen, en particular, contra la mera (re-)introducción de la pareja conceptual Derecho penal del ciudadano y del enemigo por parte de Jakobs. Sin pretender replantear aquí la discusión global en torno al significado del sistema dogmático desarrollado por Jakobs, acerca de su comprensión como descripción o legitimación⁷⁶, sí hay

p. ej., el análisis de SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus* [nota 63], ps. 34 y ss., 50 y ss., en el que recuerda que la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su “propio campo” a través de la espiral acción-reacción); sobre la falta de efectividad, cfr. sólo FELJOO SÁNCHEZ, *RJUAM* 4 (2001), ps. 50 y ss.; respecto del caso concreto de la introducción del llamado “terrorismo individual” en el CP español de 1995, cfr., por ejemplo, el análisis de las consecuencias contraproducentes que puede conllevar efectuado por ASÚA BATARRITA (en ECHANO BASALDÚA [coord.], *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, 2002, p. 69, nota 39).

⁷⁵ Plantean y dejan abierta esta cuestión tanto JAKOBS (en ESER/HASSEMER/BURKHARDT [eds.], *Strafrechtswissenschaft* [nota 1], p. 50) como SILVA SÁNCHEZ (*La expansión* [nota 2], p. 166).

⁷⁶ Cfr. al respecto de nuevo, el propio JAKOBS, en ídem, *Sobre la normativización* (nota 1), pássim; véase, por lo demás, sólo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, ps. 17 y ss., 22 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *AP*, 2001, ps. 229 y ss., 242 y ss.; ídem, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, pássim; respectivamente, con ulteriores referencias.

que indicar que aquellas posiciones que subrayan los posibles “peligros” ínsitos en la concepción de Jakobs no siempre tienen en cuenta de modo suficiente que esa aproximación, tildada de estructuralmente conservadora o, incluso, de autoritaria, ya ha producido en varias ocasiones construcciones dogmáticas con un alto potencial de recorte de la punibilidad. Un pequeño ejemplo, precisamente relativo al Derecho penal del enemigo: según Muñoz Conde⁷⁷, en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta el gran eco de la teoría de Jakobs en América latina⁷⁸, es necesario subrayar que esa aproximación teórica no es “ideológicamente inocente”, precisamente en países, como Colombia, en los que “ese Derecho penal del enemigo es practicado”. Con toda certeza, cualquier concepción teórica puede ser pervertida o usada con fines ilegítimos; no se pretende aquí negar esa realidad. Pero es un hecho que la Corte Constitucional colombiana ha declarado recientemente inconstitucionales –aplicando expresamente el concepto de Derecho penal del enemigo desarrollado por Jakobs– varios preceptos penales promulgados por el Presidente⁷⁹. En conclusión: no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas⁸⁰.

La respuesta que aquí se ofrece es: no. Para ello, se propondrán dos diferencias estructurales (íntimamente relacionadas entre sí) entre “Derecho penal” del enemigo y Derecho penal: a) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza (= excluye) a determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal

⁷⁷ En BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, “Conversaciones: Dr. Francisco Muñoz Conde”, *RECPC* 04-c2 (2002) [<http://criminet.ugr.es/recpc>].

⁷⁸ Esta influencia también es constatada, en términos similares y con preocupación, por AMBOS, *Völkerstrafrecht* (nota 41), p. 64.

⁷⁹ Sentencia C-939/02 de 31.10.2002, ponente: Montealegre Lynett. Una cuestión distinta es, naturalmente, qué efecto práctico tendrá esto en el desarrollo de la actual guerra civil en Colombia; probablemente, exactamente el mismo que una solemne proclamación del principio de *ultima ratio*. Cfr. el exhaustivo análisis de la situación colombiana hecho por APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht* (nota 41), ps. 23, 29 y ss., 349 y ss.

⁸⁰ Véase CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias* (nota 14), ps. 139 y ss., 147.

del hecho, sino de autor. Hay que subrayar de nuevo que estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grises. Pero parece que, conceptualmente, puede intentarse la diferenciación.

2. El Derecho penal del enemigo como reacción internamente disfuncional: divergencias en la función de la pena

Cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión⁸¹ de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos –como es sabido en sociología– es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas⁸². Desde la perspectiva aquí adoptada, también en este caso se da esa disparidad. Los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” no tienen esa especial “peligrosidad terminal” (para la sociedad) que se predica de ellos, y, como antes se ha expuesto, en realidad el Derecho penal del enemigo fácticamente existente no es un mecanismo defensivo. Al menos entre los “candidatos” a “enemigos” de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno –ni la “criminalidad organizada”, ni las “mafias de las drogas”, ni tampoco ETA– que realmente pueda poner en cuestión, en los términos “militares” que se afirman, los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible. Esto es especialmente claro si se compara la dimensión meramente numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas por tales conductas delictivas con otro tipo de infracciones criminales que se cometen de modo masivo y que entran, en cambio, plenamente dentro de la “nor-

⁸¹ Por ejemplo, JAKOBS, “Terroristen als Personen” (nota 1), IV., texto anterior a la nota 25.

⁸² Cfr. las consideraciones del propio SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), ps. 32 y ss., acerca de la “sensación social de inseguridad”; cfr. también MENDOZA BURGO, *Sociedad del riesgo* (nota 2), ps. 30 y ss., ambos con ulteriores referencias.

malidad”⁸³. Entonces, ¿qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el “Derecho penal del enemigo”? ¿Qué característica especial explica, en el plano fáctico, que se reaccione de ese modo frente a precisamente esas conductas? ¿Qué función cumple la pena en este ámbito?

La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende la concepción antes examinada —en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales—, sino ante todo, como antes se ha adelantado, en un determinado *plano simbólico*⁸⁴. Es sabido que precisamente *Jakobs* representa una teoría del delito y del Derecho penal en la que ocupa un lugar preeminente —dicho de modo simplificado, claro está— el entendimiento del fenómeno penal como perteneciente al mundo de lo normativo, de los significados, por contraposición al de las cosas. Desde esta perspectiva, toda infracción criminal supone, como resultado específicamente penal, el quebrantamiento de la norma, entendido éste como la puesta en duda de la vigencia de esa norma: la pena reacciona frente a ese cuestionamiento por medio del delito reafirmando la validez de la norma: prevención general positiva⁸⁵. Pues bien, estos supuestos de conductas de “enemigos” se caracterizan por producir ese quebrantamiento de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son *especialmente vulnerables*, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipó-

⁸³ En lo que se refiere al caso español, esta disparidad entre la amenaza real y su reconstrucción en el discurso político-criminal es palmaria en lo que se refiere a la actividad de ETA: las medidas de endurecimiento más recientes —entradas en vigor a partir del año 2000— coinciden precisamente con un declive muy pronunciado de las acciones violentas de ETA, con una disminución muy notable tanto en cantidad como en intensidad de los delitos cometidos.

⁸⁴ Cfr. *supra* III.A.2.b). En el lado de la percepción de los “enemigos”, p. ej., GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, 1993, ps. 139 y ss., caracteriza al terrorismo como “violencia simbólica”; véase por todos en esta línea SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus* (nota 64), ps. 17 y ss., con ulteriores referencias.

⁸⁵ Véase sólo JAKOBS, *AT*², 1/4 y ss.; 2/16, 2/25a, 25/15, 25/20.

tesis en este sentido: que el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en las sociedades occidentales; que la “criminalidad organizada”, en aquellos países en los que existe como realidad significativa, causa perjuicios a la sociedad en su conjunto, incluyendo también la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional; que ETA, finalmente, no sólo mata, hiere y secuestra, sino que pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España.

Si esto es así, es decir, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, concretamente, esos elementos esenciales amenazados⁸⁶. Dicho desde la perspectiva del “enemigo”, la pretendida autoexclusión de la personalidad por parte de éste —manifestada en la adhesión a la “sociedad” mafiosa en lugar de a la sociedad civil, o en el rechazo de la legitimidad del Estado en su conjunto, tildándolo de “fuerza de ocupación” en el País Vasco— no debe estar a su alcance, puesto que la

⁸⁶ Respecto de las infracciones de terrorismo, señala, por ejemplo, ASÚA BATARRITA (en ECHANO BASALDÚA [coord.], EM Lidón [nota 74], p. 47) que “la anatémización indiscriminada de los métodos violentos y de su ideología favorece la tesis de quienes optan por el método del terror, en su propósito de ser identificados y nombrados por sus ideas y no por sus crímenes”; respecto de la “ideología de la normalidad” como base (a veces, sólo nominal) de la regulación española en materia de terrorismo, véase CANCIO MELIÁ, *JpD* 44 (2002), ps. 23 y ss., con referencias.

cualidad de persona es una atribución⁸⁷. Es el Estado quien decide, mediante su ordenamiento jurídico, quién es ciudadano y cuál es el estatus que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del estatus de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el “enemigo” es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.

Por lo tanto, la cuestión de si puede haber *Derecho* penal del enemigo queda resuelta negativamente en el plano de la teoría de la pena. Precisamente, desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del “enemigo” mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. En este sentido, cabe afirmar que el “Derecho penal” del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta de la del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas⁸⁸. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor. Por ello, en cierto modo, mientras el discurso legitimatorio del Derecho penal del enemigo positivo en la discusión político-criminal parece afirmar que es algo “menos” que el Derecho penal de la culpabilidad (la reacción

⁸⁷ Que –como es obvio– concretamente en nuestras sociedades (Estados de Derecho actuales) en lo esencial –y, desde luego, en lo que se refiere a su posición en cuanto posibles infractores de normas penales– corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana; por ello, no puede haber “exclusión” sin ruptura del sistema; véase infra III.B.4.

⁸⁸ Respecto de la posición personal de JAKOBS en cuanto a la naturaleza jurídica del “Derecho penal” del enemigo, cabe acotar que aunque no se encuentre una afirmación unívoca en algunos de sus escritos en este sentido, es posible inferir de varias de sus líneas de argumentación que lo considera materialmente un Derecho de excepción, no Derecho penal ordinario. En este sentido, el “Derecho penal” del enemigo descrito por JAKOBS tampoco casa con su actual definición de los criterios de evaluación de la gravedad social de un hecho a efectos de determinar la medida de la pena (véase JAKOBS, *Staatliche Strafe* [nota 1], p. 32; cfr., por otro lado, ahora expresamente ídem, “Terroristen als Personen” [nota 1], III., texto posterior a la nota 25).

imprescindible, pero serena, sin reproches, tecnocrática frente a un riesgo gravísimo; una reacción frente a un peligro examinado de modo neutro), en realidad es algo “más” (la construcción de una categoría de representantes humanos del *mal*; algo más grave que ser “simplemente” culpable). Mediante la demonización de los grupos de autores, es decir, a través de la *exclusión* del círculo de mortales “normales” que está implícita en estas modalidades de tipificación —una forma exacerbada de reproche—, da incluso mayor resonancia a sus hechos. Dicho de otro modo —combinando ambas perspectivas—, la demonización tiene lugar mediante la exclusión (definición como otro): “*l’enfer, c’est les Autres*”⁸⁹.

Con carácter general, el concepto *inclusión/exclusión* adquiere, según parece, cada vez mayor relevancia teórica para las ciencias sociales: “¿Se está convirtiendo el binomio inclusión/exclusión en el metacódigo del siglo XXI, que mediatiza todos los demás códigos, socavando, sin embargo, simultáneamente la propia diferenciación funcional, y *dominando con el potencial explosivo de la exclusión de grupos de población enteros otros problemas socio-políticos?*”⁹⁰. De hecho, desde la perspectiva de la teoría social de sistemas, Luhmann⁹¹ ha formulado incluso la tesis de que la diferenciación moderna entre inclusión y exclusión es estructuralmente más profunda de lo que nunca lo fue la diferenciación decimonónica en clases sociales⁹².

En consecuencia, la función de la pena en el Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en *la creación (artificial) de*

⁸⁹ SARTRE, Jean-Paul, *Huis clos (suivi de les mouches)*, Gallimard-folio, París, 1983, p. 92. Esta imagen surgió en una conversación con Pablo Guérez Tricarico y Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid).

⁹⁰ TEUBNER, “Globalización y Derecho”, en CANCIO MELIÁ (ed.), *AFDUAM 9* (2005), p. 200 (sin cursiva en el original); en la actual situación mundial, es inevitable el recuerdo de la guerra lejana, permanente y amenazadora —tan distinta de la guerra tradicional (cfr. supra, nota 63), y que es otra forma de exclusión, precisamente, de los “enemigos”, y de construcción de identidad de un bando— tal y como es representada en el libro de George ORWELL, *1984*: en este sentido utilizado por TEUBNER, realmente *war is peace* en la realidad de hoy (ORWELL, *Nineteen eighty-four*, Penguin Books, Londres, 1984, p. 27), o, en el ámbito que aquí interesa: exclusión (de unos) es inclusión (de otros); cfr. a continuación en el texto.

⁹¹ *Das Recht der Gesellschaft*, 2ª ed., 1997, ps. 582 y ss.

⁹² Op. cit., ps. 582 y s., con nota 64.

criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión; una función cuya incompatibilidad con la teoría de la prevención general positiva no necesita subrayarse. Dicho en las palabras del propio Jakobs: “La pena no lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social”⁹³.

3. El Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor

Corresponde ahora llevar a cabo una brevísima reflexión en torno a la manifestación técnico-jurídica más destacada de la función divergente de la pena del Derecho penal del enemigo: la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho.

Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la “actitud interna” del autor⁹⁴. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias –mérito que corresponde a Jakobs⁹⁵–, queda claro que en una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales: parafraseando el título de una canción popular alemana –*Die Gedanken sind frei*–, algo más que los pensamientos ha de ser libre. Esto cristaliza en la necesidad estructural de un “hecho” como

⁹³ JAKOBS, *PJ* 47 (1997), p. 163.

⁹⁴ Véase, p. ej., STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., 2000 (= *Derecho penal, Parte General*, t. I: “El hecho punible”, 2005), 2/25 y ss.; recientemente, con algo más de detalle, cfr. HIRSCH, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 65. Geburtstag*, 2002, ps. 253 y ss.

⁹⁵ La argumentación decisiva está en *ZStW* 97 (1985), p. 761 (como se recordará, se trata del mismo trabajo en el que también se introdujo el concepto de Derecho penal del enemigo); un punto de partida –la normativización del principio del hecho y, con ello, de la noción de esfera privada en este contexto– que, en lo que se alcanza a ver, no ha merecido una gran atención en la discusión alemana.

contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor).

Si se examina, ante este trasfondo –p. ej., en el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas– la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista⁹⁶, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente. Sólo así puede explicarse que en el CP español de 1995 –por mencionar un solo ejemplo entre varios– se haya introducido la figura del “terrorista individual”⁹⁷, una tipificación que no cuadra de ningún modo con la orientación de la regulación española en este sector, estructurada en torno a la especial peligrosidad de las *organizaciones* terroristas.

Esta segunda divergencia es, igual que lo que sucede respecto de la función de la pena que la produce, estructural: no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho –lo que ocurre en muchos otros ámbitos de “anticipación” de las barreras de punición–, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos –los “enemigos”– más que en la definición de un “hecho”. El Derecho penal del enemigo no es compatible, por tanto, con un Derecho penal del hecho.

4. Algunas conclusiones

a) *Diagnóstico*

Desde la perspectiva de la política criminal, parece que puede afirmarse que el fenómeno del Derecho penal del enemigo en las legislaciones actuales no es consecuencia de un factor externo –de un atentado como desencadenante o de una mayoría política circunstancial– a la propia evolución de los sistemas jurídico-penales. Muy al contrario, un análisis de los desarrollos y los estudios político-criminales previos a la

⁹⁶ Cfr., respecto de diversos tipos individuales, el análisis en CANCIO MELIÁ, *JpD* 44 (2002), ps. 23 y ss.

⁹⁷ Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *JpD* 44 (2002), ps. 25 y s.

actual oleada de Derecho penal del enemigo en los boletines oficiales muestra que su origen tiene sus raíces en momentos históricos anteriores al actual⁹⁸. También parece claro que, precisamente por el hecho de que no se trata de un fenómeno coyuntural y no es debido a factores exógenos, el actual Derecho penal del enemigo no es un simple retorno de una política criminal autoritaria, sino una fase evolutiva nueva.

En el plano de la teoría del Derecho penal, resulta evidente que un “Derecho penal” del enemigo no es compatible con la teoría de la prevención general positiva, puesto que en él la pena cumple una función divergente e incompatible con el elemento esencial de la culpabilidad-igualdad⁹⁹. Como consecuencia de ello, el “Derecho penal” del enemigo –dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos– es, de modo estructural, un Derecho penal de autor.

b) *Perspectivas*

1. Si frente a las consideraciones aquí hechas se plantea la objeción de que con ellas se confunde la realidad con el deseo, en el

⁹⁸ Por ello, la cuestión planteada por DEMETRIO CRESPO (*NDP 2004/A*, ps. 47 y ss.) en el título de su trabajo (“¿Evolución o involución?”) debe contestarse de modo unívoco con el primero de los conceptos (en otra línea DEMETRIO CRESPO, loc. cit., ps. 49, 67 y ss.). Véase también la argumentación de DIEZ RIPOLLÉS, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (ed.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 6), ps. 243 y ss., 252 y ss.

⁹⁹ De hecho, en lo que se refiere a la teoría de los fines de la pena en JAKOBS, cabe constatar últimamente un proceso de reorientación que con carácter general atribuye a determinados efectos cognitivos de la pena, que aún eran secundarias en escritos anteriores, una nueva posición sistemática (cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe* [nota 1], ps. 5 y ss., 26 y ss., pássim; véase el expreso abandono de puntos de vista anteriores en p. 31, nota 147). Como parece claro, no es éste el lugar adecuado para abordar este cambio de orientación en la teoría penal de JAKOBS. Sin embargo, sí puede formularse la hipótesis de que –*sit venia verbo*– un JAKOBS anterior quizás habría dicho sobre la nueva configuración de la teoría de la pena que si de este modo no se está ya en misa y repicando, al menos sí se propone salvar un hiato demasiado grande entre significado (confirmación de la vigencia de la norma) y finalidad (seguridad en términos fáctico-naturales), entre pena y policía. Quizás también habría escrito que la única finalidad (en el Derecho penal de un Estado que a grandes rasgos está en funcionamiento y es legítimo) es el significado. Cfr. sobre esta problemática CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, estudio preliminar a JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, en prensa, Civitas.

sentido de que se convierte artificiosamente a enemigos reales en personas, en ciudadanos ficticios¹⁰⁰, ello es, naturalmente, cierto desde una perspectiva meramente fáctica (en el plano psicosocial, puede ser el caso de amplios sectores de la población, identificados con las potenciales víctimas, o en el plano de la psicología individual, en el caso de muchos autores, quienes con frecuencia se autodefinen, de hecho, como “enemigos”); pero esta constatación no afecta en nada al razonamiento: la gracia del Derecho penal moderno, precisamente (y de una teoría que lo describa adecuadamente), está en que *la pena* no reacciona ni frente a la maldad (contra pecadores) ni frente a la nuda peligrosidad (contra enfermos), sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características (esenciales) de la configuración de la sociedad (si así se quiere: contra ciudadanos equivocados). No hay enemigos en Derecho penal, por lo que de hecho, todos los seres humanos son ciudadanos (o, si se quiere: se les eleva artificialmente a esa condición). Los “ataques” de sujetos imputables o son actos de guerra en sentido estricto, o son delitos, *tertium non datur*¹⁰¹.

2. Siguiendo en este contexto de argumentación, saltando entre riesgos fácticos y reacciones jurídico-penales¹⁰², también puede que se afirme que quizás la posición aquí defendida —el rechazo del Derecho penal del enemigo en el plano de la teoría del Derecho penal— sea (normativamente) correcta, pero socialmente irrelevante¹⁰³, por-

¹⁰⁰ Así JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 1), ps. 47 y s.

¹⁰¹ Dicho desde una perspectiva más general, no es que aquí se afirme que el único Estado de Derecho posible es el ideal (cfr. JAKOBS, “Terroristen als Personen” [nota 1], III., texto anterior a las notas 16 y 17), sino que específicamente se dice que la incorporación del binomio pena-enemigo es *categorialmente* incompatible con el Estado de Derecho.

¹⁰² Casos en los que —al menos en el plano descriptivo— “la pena es un instrumento para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad”; JAKOBS, “Terroristen als Personen” (nota 1), I., texto posterior a la nota 4. Sobre la tensión entre ambos extremos en el sistema de JAKOBS con carácter más general, véase PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP 2* (2001), ps. 413 y ss.

¹⁰³ Lo que sobre todo desde la perspectiva de una construcción teórica como la de *Jakobs*, que pretende ser una aproximación a la realidad social del Derecho, implica que ésta seria una posición teórica quizás internamente coherente, pero, en todo caso, errónea.

que no procesa la (indiscutida) explosión jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo realmente existente. Pero tampoco esta línea crítica realmente alcanza a las reflexiones aquí propuestas: en un primer paso, la diferenciación conceptual entre Derecho penal del ciudadano y “Derecho penal” del enemigo sólo implica eso mismo, el establecimiento de una diferencia entre esta clase de ley penal y las características esenciales de lo que hasta ahora ha sido considerado Derecho penal en nuestro entorno jurídico-político. Entonces, en este primer paso analítico se advierte que una ulterior profundización de esta evolución conduce a un “Derecho penal” distinto, y también desde una perspectiva teórica modesta (positivista) respecto de la ciencia del Derecho, más bien escéptica frente a la fuerza de legitimación interna de la ciencia del Derecho penal¹⁰⁴, quizás pueda valorarse como análisis útil cuando se perfilan los rasgos de un posible cambio de paradigma¹⁰⁵.

3. Más allá del diagnóstico, la agenda político-criminal que de él deriva desde la perspectiva aquí abordada es sencilla, pero existe. No se mira hacia otro lado, permaneciendo en una torre de marfil teórica¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. sólo JAKOBS, *AT*², 1/1, 1/8, 1/18 (el modelo defendido “presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma”), 1/20 (“la pena sólo puede ser legitimada por el valor del ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga”); véase también ídem, *ZStW* 107 (1995), ps. 25 y ss., 33 y ss. y 37; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, ps. 89 y s. y 140 y ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *Estudios* (nota 76), ps. 17 y ss., 26 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. la argumentación paralela de JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 1), ps. 47 y s. y al respecto supra nota 15.

¹⁰⁶ No deja de resultar llamativo para quien ha seguido la trayectoria teórica de JAKOBS que ahora pueda verse cómo somete a crítica a cierta “prepotencia *normativista*” por “dejar fuera de consideración las condiciones de la realidad del Derecho”, lo que implica que posiciones como la aquí defendida significan “vivir en las nubes –*Wolkenkuckucksheim*– de los postulados, desde las cuales, desde luego, se puede criticar magníficamente esa realidad del Derecho, pero, eso sí, sin que ello tenga consecuencia alguna” (JAKOBS, “*Terroristen als Personen*” [nota 1], nota 9; sin cursiva en el original). Desde el punto de vista aquí adoptado, sea cual sea el puesto de observación, lo que se ve con claridad es que esta cuestión –acerca de si es necesario un Derecho de excepción– no es que no se quiera plantear, sino que es una cuestión jurídico-política sobre la que cabe tener opiniones diferentes, no un elemento conceptual del Derecho penal. Cfr. a continuación en el texto, 4.

El orden del día político-criminal es el siguiente: debe eliminarse el “Derecho penal” del enemigo que está entrando en las legislaciones penales. Una primera razón está en que es ilusoria la idea de un confinamiento del “Derecho penal” del enemigo a determinados límites mediante su juridificación¹⁰⁷. Como puede inferirse del bosquejo de la evolución político-criminal más reciente expuesto en las páginas anteriores, en realidad el problema no consiste en un dualismo entre una concepción normativa (Derecho penal de la culpabilidad: reproche jurídico frente a un ciudadano) y otra cognitiva (“Derecho penal” del enemigo: control de una fuente de peligro) del Derecho penal. Lo que sucede es que el “Derecho penal del enemigo” constituye no una regresión a meros mecanismos defensistas, sino un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal. Los ejes estructurales del “Derecho penal” del enemigo se transmiten así –a través de argumentaciones de identificación simbólica– a nuevos sectores de regulación con mayor rapidez de lo que lo haría una argumentación racional con base en riesgos mensurables; dicho de otro modo, el “Derecho penal” del enemigo contamina con especial facilidad –como un poco de aceite industrial un medio acuático natural– el Derecho penal ordinario¹⁰⁸.

Regresando al plano teórico interno del Derecho penal, esta agenda político-criminal se ve confirmada por el hecho de que el Derecho penal (del ciudadano) no puede absorber (ni convivir con) el discurso defensista-demonizador propio del “Derecho penal” del enemigo: si precisamente desde una perspectiva como la del sistema funcional (positivista) desarrollado por Jakobs, el sistema penal es internamente

¹⁰⁷ Cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 1), ps. 45 y s.; ídem, “Terroristen als Personen” (nota 1), IV., texto posterior a la nota 25.

¹⁰⁸ Esto resulta evidente en el plano empírico si se piensa en las múltiples instituciones que, proviniendo del Derecho penal antiterrorista, han sido incorporadas al Derecho penal ordinario con carácter general. Un ejemplo con raíces históricas aún más profundas es el de la regulación de los actos preparatorios en el Código Penal alemán (JAKOBS, *Staatliche Strafe* [nota 1], ps. 45 y s.): esta regulación, que supone una anticipación de barreras de criminalización, muestra la facilidad con la que permanece (y, como sucede en este caso, es ampliada en su alcance) una norma debida a un contexto conflictivo (el enfrentamiento entre la Iglesia católica y el canciller Bismarck, llamado *Kulturkampf*, a finales del siglo XIX) que pertenece a un pasado ya muy remoto.

ciego a determinados presupuestos de legitimidad, tampoco puede procesar determinados presupuestos fáctico-cognitivos en el lado de los autores culpables más allá de esa culpabilidad. Es en este sentido que antes se decía que en Derecho penal —una vez reconocida la ciudadanía política general como base del sinalagma autonomía-responsabilidad—, todos los sujetos imputables son ciudadanos a los efectos jurídico-penales por definición¹⁰⁹. El Derecho penal de la culpabilidad no puede tomar nota de un pronóstico de peligrosidad individual o colectivo de determinados autores responsables. No es que no se quiera abordar la cuestión de qué hacer con esos autores, es que jurídico-*penalmente* nada se puede hacer más allá de la pena. Ello es así porque el Derecho penal muestra una definición funcional que lo restringe a la respuesta derivada de la culpabilidad: si en Derecho civil o en Derecho electoral la personalidad, como es obvio, es relativa —corresponde el derecho de propiedad a quien no puede enajenar, p. ej.—, en Derecho penal, al establecerse con la pena un mecanismo para contradecir afirmaciones relevantes (pronunciadas por los autores culpables, por aquellos que tienen voz en este ámbito), todos los sujetos que intervienen como sujetos relevantes (como penados) han de ser culpables: los que no lo sean, son expulsados del sistema jurídico-penal en sentido estricto (merecen medidas civiles o medidas de seguridad), y los que lo son, sólo pueden aparecer como culpables. En este sentido, incluso podría decirse que en un Derecho penal con-

¹⁰⁹ De hecho, JAKOBS sigue a día de hoy (véase *ZStW* 117 [2005], ps. 247 y ss.) manteniendo en otros puntos de la construcción teórica un nivel de “resistencia normativista” que casa bien con el punto de vista aquí defendido, y no tanto con la última posición de JAKOBS en este ámbito de la peligrosidad individual del “enemigo”: como es sabido, los más recientes avances en las ciencias neurológicas parecen indicar que la vivencia subjetiva de “libertad” en la toma de decisiones no pasa de ser eso, una “vivencia”, en el sentido de que sería una reconstrucción mental de un proceso que no comienza en la decisión, sino, con carácter previo, en un estrato no consciente de la mente (expresado en la conocida frase: “No hacemos lo que queremos, sino queremos lo que hacemos”). Para JAKOBS (*ZStW* 117 [2005], ps. 247 y ss., ps. 259 y ss.), sin embargo, que esto sea así desde el punto de vista físico carece por completo de relevancia, ya que con independencia de la ausencia de “libertad” neurológico-fáctica, el establecimiento de responsabilidad (ciego a determinados elementos empíricos de “ausencia de libertad”) sigue la lógica de la imputación a un sujeto definido como competente: “...existe correspondencia entre autonomía y responsabilidad, no entre libre albedrío y responsabilidad” (*ZStW* 117 [2005], p. 266).

cebido como reafirmación de la vigencia de la norma, es decir, dirigido estructuralmente a sujetos responsables, no sólo es siempre un Derecho penal del ciudadano, sino que es incluso *el* Derecho del ciudadano por antonomasia, ya que reconoce del modo más intenso que el ordenamiento conoce la autonomía de organización propia de un ciudadano, anudando el dolor penal a los actos por él previstos. No es, por tanto, que desde la perspectiva aquí adoptada no se quiera reconocer el problema de los sujetos culpables peligrosos, de la ausencia de un pronóstico sin reincidencia, sino que se afirma que el Derecho penal presenta una barrera definicional que le impide catalogar de este modo a determinados sujetos si, al mismo tiempo, afirma su carácter responsable. Dicho desde la perspectiva del Derecho en su conjunto; claro que para su efectividad, para su vigencia real, es necesario cierto “apoyo cognitivo” –de lo contrario, no sería más que un orden posible, un sistema normativo postulado, no un Derecho real–. Pero ésta es una condición previa, extrasistemática y global (un pre-supuesto) –referida a la vigencia del ordenamiento en su conjunto– del ordenamiento jurídico (penal), no un análisis individual interno de ese ordenamiento, a determinar autor por autor¹¹⁰.

4. La discusión en torno a la conveniencia de medidas excepcionales más allá del ordenamiento jurídico-penal, por lo tanto, no es una cuestión que pertenezca al Derecho penal en sentido estricto, sino un problema de política legislativa. En todo caso, antes de determinar si parecen materialmente adecuadas las opciones político-criminales del “Derecho penal” del enemigo, hay que señalar el obvio fraude de etiquetas que supone la usurpación del rótulo de Derecho penal por parte de las medidas de excepción que conocemos como “Derecho penal” del enemigo¹¹¹; en este ámbito, llamar las cosas por su nombre tiene indudable importancia, y las medidas de excepción deberían ser identificadas, antes que nada, formalmente como tales.

¹¹⁰ En sentido paralelo, GÓMEZ-JARA (“Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal” [manuscrito]), recuerda que con carácter general, la existencia del Estado de Derecho depende de algunos factores externos a él, o, dicho de otro modo, que no se pueden garantizar con medios jurídicos.

¹¹¹ Y del pequeño detalle formal de que el ordenamiento prevé mecanismos jurídico-constitucionales específicos para las medidas de excepción.

Sin embargo, entrando en el fondo de la cuestión: ¿es necesario un Derecho de excepción, llámese como se llame? Como cabe deducir del breve recorrido por las líneas básicas de la situación político-criminal actual llevado a cabo en páginas anteriores, desde la perspectiva aquí adoptada no hay en el horizonte del “Derecho penal” del enemigo, en ninguno de los sectores, riesgos que realmente merezcan el estado de excepción¹¹². Por otra parte, en el plano de la prevención fáctica, es sabido que, en numerosos casos, son mucho más efectivos adecuados instrumentos políticos y policiales (sin contar con las posibilidades –legales– de unos servicios de inteligencia bien orientados) que la respuesta del ordenamiento jurídico-penal. En particular, habrá que prestar atención a determinadas medidas de control impuestas a un infractor culpable con posterioridad a la pena privativa de libertad (alejamientos, control de movimientos, etc.), tal y como están

¹¹² Desde el punto de vista aquí adoptado, esta constatación no se ve en absoluto afectada por el hecho de que, como consecuencia de los atentados del 11.9.2001 en Nueva York, en diversos países se haya establecido una regulación del estado de necesidad que puede presentarse cuando una aeronave está en el poder de un grupo terrorista que puede usarla como arma ofensiva contra un edificio etc. JAKOBS, sin embargo (“Terroristen als Personen” [nota 1], III., texto correspondiente a la nota 18, referido al § 14.3 de la Ley alemana de Seguridad Aérea; en el caso español, véase el art. 16 d) de la LO 5/2005, de 17.11.2005, de Defensa Nacional), afirma que el hecho que el ordenamiento jurídico autorice al Estado a matar a sujetos completamente inocentes tiene una “fuerza explosiva sistemática” que difícilmente puede infravalorarse: si quien ninguna responsabilidad tiene puede verse privado de la vida, ¿cómo no va a poder aplicarse una especial presión sobre quien es responsable de la situación? A pesar de la aparente fuerza de convicción de esta argumentación, sin embargo, la comparación no parece correcta, ya que los *títulos* de los que deriva la intervención en los bienes de los ciudadanos afectados son completamente divergentes en ambos casos: por un lado, se trata de sujetos que se ven envueltos en un estado de necesidad muy especial y a los que se impone una intervención gravísima –su muerte– en sus bienes por un razonamiento típico del estado de necesidad, *ante un riesgo que amenaza*: ese es el “título” del daño que se les impone. Por otro lado, sin embargo, en el caso de los terroristas, el título es *pena* –puesto que en el caso de meros sospechosos, no puede haber más que una presunción de responsabilidad, y, por lo tanto, no puede haber más que las medidas cautelares autorizadas por la ley–, la pena que les corresponde por haber cometido una infracción criminal *en el pasado*. Se trata, por lo tanto, de un *argumentum a maiore ad minus* incorrectamente formulado, ya que los términos de comparación no son homogéneos.

comenzándose a ejecutar. En todo caso, desde el punto de vista aquí defendido, la cuestión de si la sociedad preferirá sucumbir¹¹³ o asumir recortes de ámbitos de libertad y ampliaciones masivas de los medios de intervención estatal –en cuya cúspide se encuentra la “pena” exacerbada que es la pena draconiana impuesta al *enemigo*– sencillamente no procede, no se plantea; no se ve abismo alguno si se observa la realidad. Es ésta, en todo caso, una apreciación de carácter *político-criminal* (aunque quiera darse otra respuesta a la cuestión planteada) que excede de la mera descripción o sistematización.

Ciertamente: “Una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no van juntos”¹¹⁴. Pero, ¿hemos llegado ya a ese punto?

¹¹³ JAKOBS, en ídem/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1ª ed., p. 42; véase también ídem, “Terroristen als Personen” (nota 1), III., texto correspondiente a la nota 17.

¹¹⁴ JAKOBS, *AT*², 2/20; véase, al respecto, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *Estudios* (nota 76), ps. 37 y ss.

