

El derecho penal del enemigo como propuesta de argumentación judicial. Algunas críticas iniciales desde el análisis conceptual¹

Introducción

En el presente ensayo se pretende realizar un trabajo exploratorio sobre el artículo de Günther Jackobs *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Lo que se intentará es analizar si el mismo puede ser alzado como una propuesta de argumentación judicial. Para ello, se realizará una breve descripción del mismo, luego se realizará un análisis crítico de algunos aspectos desde la metodología del análisis lógico conceptual.

El derecho penal del enemigo

El *Derecho penal del enemigo* es una propuesta teórica y política que viene ganando terreno en la literatura penal y criminológica. Es teórica en cuanto pretende fundamentar la tesis de la separación entre el *Derecho penal del ciudadano* - derecho penal liberal, en las que se cuentan con las garantías de legalidad, inocencia, judicialidad, etc. - y el *Derecho penal del enemigo* - donde se eliminan éstas garantías tal como se verá más adelante -, en presupuestos filosóficos, jurídicos y morales. Mientras que es política por cuanto su objetivo es el de lograr prácticas e instituciones que garanticen el funcionamiento de un proyecto de sociedad, apelando a criterios de separación entre los ciudadanos que aceptan las normas, y aquellos que deciden abiertamente no aceptarlas.

En particular, en el presente trabajo analizaré el artículo de Günther Jackobs *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*² en el que se plantea como eje fundamental la diferenciación entre ciudadano y enemigo, como así también la función o finalidad coactiva de la respuesta estatal ante la violación de sus normas. Para comenzar, Jackobs sostiene que la pena es coacción en cuanto portadora de la respuesta ante un hecho – cometido por una persona racional – que busca la deslegitimación de una norma³. Es decir, la pena es la respuesta al hecho delictivo para demostrar que la norma sigue vigente.

Así, tanto la norma como el hecho son medios de interacción simbólica en la que el autor es tratado *en serio* como persona. Más aún, la pena también tiene implicancias físicas, toda vez que priva de la libertad a alguien y en consecuencia lo inhibe a cometer nuevos delitos. En este sentido, la pena no pretende significar algo, sino ser efectiva y por lo tanto ya no se dirige contra una persona, sino contra el individuo peligroso⁴.

Por otro lado, según el autor, el derecho es el vínculo entre personas titulares de derechos y garantías. Al contrario, la relación con el enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción, y como el derecho es el legitimado para emplear la coacción – el derecho penal sería la más intensa – entonces cualquier pena se dirige contra un enemigo⁵.

Para fundamentar esto, Jackobs va a decir que el Estado Moderno ve al autor de un delito como una persona que ha violado la vigencia de una norma y por lo tanto debe ser llamado – coactivamente – a restaurar la vigencia de misma. Entonces, si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, es fundamental que se espere que las personas actuarán conforme a ella. De lo contrario,

¹ Trabajo presentado en “VII Coloquio Nacional de Filosofía y IV Internacional de Filosofía. ‘Formas de lo común. Invención/Herencia’” realizado los días 19, 20 y 21 de abril de 2017 en la Ciudad de Río IV, Argentina, y publicado en Serrano, Manuel Francisco (2017) “El derecho penal del enemigo como propuesta de argumentación judicial. Algunas críticas iniciales” en Santiago Polop, Pablo Olmedo, Joaquín Vazquez, Akdana D’Andrea y Juan Cedriani (comp.) “Formas de lo Común. Invención/Herencia. VIII Coloquio Nacional de Filosofía. IV Coloquio Internacional de Filosofía”. UniRío Editora, Río Cuarto, Argentina ISBN 978-987-688-209-5

² Si bien soy consciente que no es la única propuesta existente en esta línea teórica, entiendo que un trabajo más profundo sobre esta corriente excede por demás un ensayo como el presente. Aquí sólo me limitaré a realizar un trabajo exploratorio a fin de señalar algunos problemas en torno a la argumentación judicial que presenta la propuesta de Jackobs, a fin de sentar las bases para futuros trabajos sobre ésta temática.

³ Jackobs, Günter y Cancio Melia, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, España, 2003, Editorial Civitas Impresiones, p. 23.

⁴ Ídem, p. 24.

⁵ Ídem, p. 26.

la norma se convierte en una promesa vacía de contenido. De la misma forma sucede con las personas, en las que una reiteración de conductas violatorias del ordenamiento, disminuye la disposición a tratarlas como personas y aumenta la de tratarla como enemigo⁶.

En resumen, Jackobs sostiene que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”⁷. Es decir que no todo delincuente es un enemigo, por lo que el derecho penal del enemigo y el del ciudadano son dos caras de la misma moneda. Ambos conviven de manera necesaria. De ninguna manera el primero puede abarcar todo el derecho penal.

Análisis crítico del Derecho Penal del Enemigo

Mi propuesta de análisis será desde la argumentación judicial. Manuel Atienza⁸ sostiene que las teorías de la argumentación jurídica tienen como objeto de reflexión las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. Así, distingue entre la argumentación en la producción o establecimiento de normas jurídicas, que a su vez se podría subdividir entre la faz prelegislativa - donde prevalecerían argumentos de tipo moral y político frente a una nueva problemática social - y la faz legislativa - aquí serían los argumentos de tipo técnico jurídico los que primarían-. En segundo lugar, estaría la argumentación en la aplicación de normas, donde se encuentra la labor judicial – en primer plano – y de toda la administración pública. Finalmente, el tercer ámbito sería el de la argumentación en la dogmática jurídica, cuyas funciones serían: suministrar criterios para la producción y aplicación del derecho, como así también ordenar y sistematizar el ordenamiento jurídico. A diferencia de las dos anteriores, la dogmática realiza su labor en abstracto.

Si bien se podría sostener – y entiendo que se estaría en lo correcto - que la propuesta analizada tiene por objetivo el generar un ordenamiento jurídico donde se respete a los ciudadanos y se persiga a los enemigos, o suministrar los criterios necesarios para poder asegurar la convivencia pacífica de las personas (argumentación en la producción o establecimiento de las normas jurídicas); en el presente trabajo indagaré sobre la argumentación judicial. La propuesta no es caprichosa. A lo largo de su trabajo, Jackobs reconoce que el derecho penal del enemigo y el del ciudadano conviven necesariamente. No lo plantea como un ideal, sino como una descripción de la realidad normativa. Aclarado esto, se propone un análisis crítico al derecho penal del enemigo.

Separación enemigo-ciudadano

La distinción fundamental entre ciudadano y enemigo dista bastante de ser clara en la teoría de Jackobs. Esta debilidad conceptual se vislumbra a partir de tres problemas:

Debilidad conceptual

En primer lugar, no hay una clara conceptualización del ciudadano y del enemigo, por medio del cual poder ver si efectivamente son conceptos antagónicos o si se justifica su tratamiento diferenciado. En efecto, por momentos pareciera que ciudadano y enemigo son conceptos descriptivos⁹ caracterizados por el cumplimiento o no de las normas que pretenden ordenar la sociedad. Pero inmediatamente se pueden traducir en conceptos valorativos, ya que no cualquier incumplimiento será considerado, sino aquellos que puedan romper la credibilidad de las personas incumplidoras.

⁶ Ídem, pp. 33 – 43.

⁷ Ídem, p. 51.

⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 2005, Instituto de investigaciones jurídicas, pp. 1 - 4.

⁹ En este punto, digo *concepto descriptivo* en un sentido débil, toda vez que el incumplimiento de una norma es pasible de ser valorado. Como se observa, Jackobs no deja en claro si valora o describe ya que – como se verá más adelante – la misma idea de incumplimiento admite diversas conductas, y hasta modos de ser de una persona.

Por otro lado, tampoco queda claro desde cuándo una persona se convierte en enemigo, o en ciudadano, o si son posiciones intercambiables en el tiempo. En un primer momento, pareciera que la posición de persona se pierde al momento en que es sometido a una medida de seguridad. Esta medida será fundamentada en la ausencia de garantías de cumplimiento de las normas. En este sentido, el concepto de enemigo se vuelve eminentemente valorativo. Pero el problema está en que los criterios a tener en cuenta al momento de calificar a una persona de enemigo serían ilimitados. Es decir ¿Qué evaluación se hará? Probabilística, psicológica, psiquiátrica, una votación entre la comunidad, etc, todo sería posible a fin de caracterizar a alguien como enemigo.

En el desarrollo de su argumentación, pareciera que Jacobs tiene especial preocupación por la prevención – o persecución – de ciertos delitos, principalmente los delitos contra la propiedad privada, la vida y la integridad sexual; es decir, aquellos que afectarían de manera más directa una persona. En estos, la opción por la medida de seguridad se limitaría a una evaluación en torno a la posibilidad de que la persona continúe violando las normas o no.

Pero también Jacobs se preocupa por los delitos que atentan contra la seguridad de la Nación, tales como terrorismo, tráfico de drogas, de armas, de personas, etc. En este punto, pareciera que la medida de seguridad ya no es una opción y se vuelve la regla.

Así la cuestión, la deficiencia conceptual es clara. Principalmente no se puede responder en qué momento se puede catalogar a una persona de enemigo ¿Cuándo comete un delito, es juzgada o desde que se cree que va a incumplir las normas? Un teórico del derecho penal del enemigo podría responder que la crítica es eminentemente conceptual, y a ellos les interesa la realidad material, por lo que el enemigo será determinado en cada caso de acuerdo a la efectiva posibilidad de que no se comporte de acuerdo a la normativa vigente.

La contrarrespuesta sería: entonces la normativa vigente sería una ilusión. En la argumentación jurídica, la lógica deductiva juega un papel fundamental. La función judicial consiste – principalmente – en la subsunción de hechos en normas generales. Pero para realizar esta tarea es necesario que las normas estén previamente determinadas, y que los hechos sean los que la norma requiere. Jacobs deja ambas premisas sin determinar a priori, y pone en cabeza del juez – o del funcionario – la determinación de qué conductas serían las que ponen en peligro el sistema normativo.

En otras palabras, en la norma p (toda persona que no brinde garantías sobre sus comportamientos futuros en orden al cumplimiento del ordenamiento normativo, le corresponde aplicar una medida de seguridad)¹⁰ cualquier hecho puede ser subsumido, ya que la evaluación del hecho no se podrá determinar ¿De qué forma se podría determinar un comportamiento futuro?

Nuevamente un teórico del derecho penal del enemigo podría responder que es posible determinar conductas futuras apelando a la psicología conductista, las neurociencias, la medicina, la sociología, etc. y de esta forma la propuesta escaparía a la crítica realizada. Pero, aun aceptando este argumento, no se escaparía del problema de la falta de diferenciación de los conceptos descriptivos y los normativos. En efecto, es una regla lógica que de enunciados descriptivos (tales como realizan las ciencias en general) no se puede derivar enunciados prescriptivos (como imponer una medida de seguridad)¹¹.

Ideológicamente conservadora

A lo largo de su trabajo surge que se está intentando defender una postura conservadora, ya que estaría diseñada para mantener el status quo existente en las sociedades. En otras palabras, una perspectiva conservadora sería aquella que acepta el orden jurídico e institucional como resultado de un acuerdo

¹⁰ Es claro que para poder realizar un razonamiento de este tipo es necesario hacerlo en base a una normativa determinada. Lejos de intentar analizar el sistema jurídico de vgr. Argentina, o alguna provincia en particular, en el presente trabajo intento destacar los problemas que genera el derecho penal del enemigo en un sistema jurídico y, a partir de allí su posible aplicación a los casos concretos. Entonces, si uno de los presupuestos del derecho penal del enemigo es que *es enemigo aquel que no se comporta ni brinda garantías de comportarse de acuerdo a la normativa vigente*, entonces da lugar a problemas de indeterminación conceptual con las consecuencias que se desarrollarán más adelante.

¹¹ En este punto, recomiendo los trabajos de Lariguet, Guillermo “Derecho penal, determinismo y libertad” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* AÑO v, N° 01, Febrero, 2015, pp. 78 – 90 ; y Gorra, Daniel “Neurociencias y responsabilidad penal” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V, N° 07, Agosto, 2015, pp. 102 – 107.

social. Por lo tanto, el progreso será a partir del orden y el cumplimiento de las normas. En el orden simbólico, esto estaría fundamentado en la idea de la sociedad como unidad, en la que todas las personas gozan por igual los beneficios de las instituciones. Como se observa, dicha postura es contraria al planteo de que en la sociedad existe conflicto y este es el motor del progreso.

Aquí se presenta un problema con respecto a los llamados *casos difíciles*, toda vez que si se acepta que la sociedad genera conflictos que plantean intereses irreconciliables que las instancias jurídicas no pueden resolver – por lo menos *prima facie* - apelando a criterios de unidad, entonces al teórico del derecho penal del enemigo le quedan tres salidas: a) Defiende el derecho vigente, negando la posibilidad de otra postura y con ello la idea de unidad. Esta solución generaría un grave problema de índole dogmática¹², el aceptar las normas por ser normas, o – si se quiere – poner la voluntad de las partes contratantes originarias¹³ por encima de la realidad social. En el ámbito judicial generaría problemas de estricto corte positivista en los que sólo le interesa aplicar la norma fría, sin considerar el caso particular. b) Acepta que existen opiniones contrapuestas, pero elige optar por aquella que mantiene el *status quo* de la sociedad, es decir, aquellas que garantizarán que la sociedad continúe como lo viene haciendo, ya sea con nuevas leyes u apelando a las existentes. Esta postura chocaría contra el ideal de sociedad como unidad y manifestaría abiertamente el status político conservador la postura. c) Estudia el caso concreto y decide en torno a las posibilidades fácticas reales de que se cumplan las expectativas que generará dicha norma. Aquí estaría de nuevo el problema denunciado en el apartado anterior, en torno a la indeterminación de las premisas normativas y fácticas.

A partir de esto, se podría afirmar que la función argumentativa del derecho penal del enemigo sería una justificación ideológica del derecho positivo vigente y del *status quo* reinante.

Sentido descriptivo y normativo del concepto

En otra línea de análisis, Luigi Ferrajoli¹⁴ sostiene que es posible identificar dos significados del término *derecho penal del enemigo*. Por un lado, un sentido descriptivo que intenta ocultar prácticas represivas y punitivas bajo el manto del derecho penal. Por el otro, un sentido normativo, en el intento de postularlo como un nuevo modelo o paradigma del derecho penal.

El no reconocer estos dos sentidos da lugar a la falacia realista toda vez que se confunde lo que sucede con lo que debería – o sería justo o correcto – suceder. Resultado de esto es que la pretensión descriptiva se convierte en una función de legitimación de la realidad descripta.

En el sentido descriptivo, el derecho penal del enemigo tendría un esquema similar al *enemigo del pueblo* estalinista, *tipo normativo de autor* nazista, la teoría de los dos demonios de las dictaduras latinoamericanas, etc. En otras palabras, lo que se plantea es un modelo de terrorismo penal en el que se cofunde la guerra con el derecho¹⁵.

En el sentido normativo, se genera una contradicción en los términos y por lo tanto una negación del derecho penal. El derecho es la negación del enemigo porque racionaliza los conflictos y considera a los individuos como persona. De esta forma, la pena es la negación de la venganza y el derecho la negación de la guerra porque se apropia del conflicto y lo lleva a cabo de acuerdo a reglas clara y límites al accionar punitivo¹⁶.

De esta forma, se observa un argumento contradictorio en la propuesta de Jackobs. Si el derecho penal del enemigo convive con el derecho penal del ciudadano, significa que *a priori* se acepta un derecho penal liberal donde priman las garantías y derechos de las personas sometidas a un proceso penal, ya sea como víctimas de un delito o acusados. Por lo que más allá de intención de conceptualizar al ciudadano

¹² En el sentido de tenerse por cierto sin posibilidad de ponerlo en duda.

¹³ Una de las cuestiones cardinales que fundamentan la postura de Jackobs consiste en su apego a la teoría contractualista, ver Jackobs, Günter y Cancio Melia, Manuel, op. cit., cap. II.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

¹⁵ Ídem, pp. 237 – 240.

¹⁶ Ídem, pp. 241 – 242.

a partir de una garantía cognitiva, Jackobs no lograr argumentar que de dicha enunciación descriptiva se pueden derivar enunciados normativos como el tratamiento diferente entre personas.

Reflexiones finales

A partir de este breve desarrollo se intentó realizar un análisis crítico sobre la propuesta de Jackobs en el ámbito de la argumentación judicial, a fin de sentar las bases para futuros trabajos en la línea temática. Luego de las críticas expresadas, surge que la propuesta teórica del derecho penal del enemigo pareciera tener serias falencias que - en un principio - lo imposibilitarían para alzarse como marco argumentativo válido en el ámbito jurídico.