

El derecho penal del enemigo

María del Pilar Espinosa Torres*

RESUMEN: En este trabajo se pretende explicar el concepto de *derecho penal del enemigo* y se dan a conocer los planteamientos críticos a favor y en contra del mismo, de acuerdo a los principales autores que lo han tratado. Ante la indiscutible presencia de normas de este tipo en todos los ordenamientos modernos, se cuestiona su legitimidad y constitucionalidad.

Palabras claves: derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: In this essay, it is pretended to explain the concept of criminal law for the enemy and the critical thoughts in favour or against him, according to the main authors that have dealt with it. Before the unarguable presence of norms of this kind in all the modern laws, its legitimacy and constitutionality are questioned.

Key words: criminal law for the enemy

Este concepto se ha vuelto punto polémico dentro de la producción jurídica, sobre todo en las últimas décadas. En 1999 se celebró en Berlín un Coloquio de Derecho Penal, en el cual fue re introducido por Günther Jakobs, principal defensor del funcionalismo, siendo fuertemente objetado por otros participantes.¹ Francisco Muñoz Conde nos dice en qué consiste este concepto y nos impele a la búsqueda de la fuente original. Haremos una somera descripción de dos pequeñas obras básicas en las cuales estos autores y otro destacado penalista, Manuel Cancio Meliá presentan sus puntos de vista.²

Muñoz Conde establece que el *derecho penal del enemigo* es el conjunto de normas penales *sui generis* aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano “normal”, infractor de otros ilícitos, el cual sí

* Maestra en Derecho Penal, Candidata a Doctora en Derecho Público de la Universidad Veracruzana.

¹ El volumen con todas las ponencias presentadas en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandeburgo en esa reunión internacional del 3 al 6 de octubre de 1999 se publicó en alemán a finales del año 2000 y recientemente se publicó la versión en español, coordinada por Francisco Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

² Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, 102 pp. y Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. El enemigo, se dice, sería una “no persona”, por lo tanto no puede ser tratado como tal. Se podría, advierte, llegar a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices. Los términos y derechos quedarían suspendidos a conveniencia de la autoridad.

El concepto, como se señala anteriormente fue rescatado de autores, sobre todo contractualistas, por Günther Jakobs en 1985 y mas recientemente retomado en el coloquio celebrado en Berlín en 1999, surgiendo desde entonces muchas inquietudes. La similitud entre el delincuente y un enemigo plantea entre otras dudas las siguientes: ¿quién establece esa característica de enemigo?; ¿no importa la existencia de una lesión a un bien jurídico?; ¿cuáles serían los límites de ese derecho penal del enemigo?; ¿es compatible con el Estado de derecho y la democracia, con los pactos internacionales suscritos por algunos Estados?; ¿Cómo se neutralizaría a esos enemigos? Muñoz Conde sintetiza la problemática en dos grupos, en el primero hace dos preguntas: 1a. ¿Quién define al enemigo y cómo se le define? y 2a. ¿A qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? En el segundo plantea las incompatibilidades de dicho concepto con el Estado de derecho y la vigencia del principio de igualdad.

El *derecho penal del enemigo* responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente. Se corre, sin embargo, el riesgo de volver a situaciones dictatoriales ya pasadas como en la Alemania nazi. Contra un enemigo se vale todo, imperará el poder del más fuerte. Será la preeminencia de la razón de Estado.

Como atinadamente anota Muñoz Conde, hay brotes de ese derecho en todas las legislaciones modernas, sobre todo aquellas destinadas a combatir el terrorismo y el narcotráfico, pero el riesgo enorme, ya real en algunas, es el de extender esas disposiciones hacia otras situaciones como la inmigración. El atentado en Nueva York en 2001 y recientemente, el de la estación de Atocha en España ha permitido justificar acciones excepcionales del derecho penal moderno, independientemente de que Estados Unidos no ha firmado la mayoría de los convenios internacionales. Italia, España e Inglaterra apoyan medidas de ese tipo en su lucha antiterrorista.

Muñoz Conde hace énfasis en la confrontación entre los principios de libertad y seguridad. El autor reflexiona en el difícil equilibrio entre ambos, mismo que siempre trata de lograr el derecho penal. Nunca será posible, dice, conseguir una total seguridad y no conviene terminar con la libertad ni aún con la mínima de la que gozan los procesados.

Pero vayamos a los argumentos de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, participantes ambos en ese famoso Coloquio de 1999, quienes exponen sus puntos de vista, contrapuestos por cuanto a las consecuencias del diagnóstico, en el cuál coinciden, sobre una situación existente en el sistema normativo³. Jakobs inicia advirtiendo que los términos “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano” son dos polos opuestos de un solo mundo, dos tendencias en un solo contexto jurídico penal, mismas que pueden traslaparse. Basándose en las tesis contractualistas puras de Rousseau, Fichte y en la del “status” de Hobbes, culmina con Kant afirmando “no se trata como persona a quien me amenaza...constantemente, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano.” Para

³ Ob. cit. traducción de Günther Jakobs por Manuel Cancio Meliá.

los primeros todo delincuente es un enemigo, para Hobbes lo es al menos el traidor a la patria. El derecho penal del ciudadano sería aplicable a quien no delinque de modo persistente, el derecho penal del enemigo se dirigiría contra quien se desvía por principio, el primero deja persistente el status de persona, el segundo lo excluye. El derecho a la seguridad es prioritario al regular el derecho penal del enemigo, siendo “derecho” especial, coacción física que puede llegar a la guerra. Al regular este derecho el Estado, puntualiza, puede limitarse en las privaciones y términos de la exclusión de derechos al sujeto.

Jakobs, de manera congruente con su postura respecto a la finalidad del derecho penal como garantizador de expectativas conforme a roles y de la prevención general positiva,⁴ sostiene dos polos o tendencias de sus regulaciones. Uno al tratar con el ciudadano, en la que espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con la pena, confirmando así la estructura normativa de la sociedad y por el otro, el trato con el enemigo, a quien debe interceptar en el estadio previo y combatir por su peligrosidad. La polaridad aparece tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal. Se acentuarán los rasgos ya existentes en el derecho adjetivo del ciudadano como la prisión preventiva, con otras tales como la incomunicación, las intervenciones de las telecomunicaciones, intervención de investigadores encubiertos, etc. Las medidas aplicables están dentro del derecho, pero los imputados, dice Jakobs, son excluidos de su derecho. Las regulaciones más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas, aquí la incomunicación, el asesinato o la muerte de inocentes (daño colateral) serán parte del procedimiento de guerra en que el Estado en donde se cometieron hechos como el atentado del 11 de septiembre de 2001, con la ayuda de otros, intenta destruir la fuente de peligros futuros. Se autoriza una imposición anticipada de pena ya que como claramente resume el autor, en el derecho penal del enemigo la función manifiesta de la pena es la eliminación de un peligro, en oposición al derecho penal del ciudadano en donde lo es la contradicción. Advierte que “un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”.

Manuel Cancio Meliá, sostiene que el derecho penal del enemigo es una contradicción de términos, un concepto que sirve para describir un ámbito de las normas penales, pero solo parte nominal del sistema jurídico positivo. Para demostrar su afirmación realiza un panorama de la política criminal contemporánea y analiza el contenido y relevancia del concepto. Retomando a Jesús María Silva Sánchez caracteriza la política criminal del momento como producto de la expansión del derecho penal propia de la época postindustrial, en donde hay un surgimiento de nuevos tipos penales y una prolífica reforma de los anteriores. Los fenómenos de ese expansionismo son la tendencia hacia un *derecho penal simbólico*, en el que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, y el resurgimiento del *punitivismo* como alternativa penal de solución de conflictos y/o agravación desmedida de las penas. Identifica ambos rasgos como la fuente del derecho penal del enemigo, dando lugar a un derecho penal de autor.

⁴ Shünemann afirma que Jakobs, a partir de sus obras de 1999 se basa en la teoría de la pena de Hegel, rechaza algún fin de influir en el comportamiento de algún individuo, legitimando dicha pena sólo a través de la necesidad de afirmación de la norma. Bernd Shünemann, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002, p.39.

Para analizar el concepto de derecho penal del enemigo primero enuncia los tres elementos del mismo según Jakobs: 1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2) Penas desproporcionadamente altas y 3) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales. Después retoma el planteamiento de Silva Sánchez al afirmar la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal. Una es propia de la parte del sistema penal en el que se aplican penas privativas de libertad, sosteniendo que aquí se deben mantener de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Otra velocidad estaría formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podrían flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas. La tercera velocidad sería la propia del derecho penal del enemigo, en donde coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales. Anteriormente anotamos la concordancia entre Jakobs y Cancio Meliá en cuanto al diagnóstico de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos penales.

Sin embargo, ante esa constatación surge la duda de qué hacer para establecer alguna opción a la problemática. Cancio Meliá se refiere al contenido de ese derecho. Sin desconocer que sería necesario realizar un estudio detallado por país de la parte especial de los códigos penales y procesales, así como de las leyes especiales, admite que ha habido un desplazamiento de las medidas especiales desde los delitos económicos hasta un enfoque circunscrito casi a los delitos de terrorismo, narcotráfico y últimamente criminalidad relacionada con inmigración, siendo la esencia de ese derecho el que “constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos...”

La identificación del enemigo, dice Cancio Meliá atiende a su caracterización como malhechor archimalvado, siendo un concepto más seudorreliгиозo que militar, no se trata de tratar de neutralizarlo sino de atribuir competencia a quien lo debe combatir por perverso y demoníaco. En consecuencia, no es un derecho penal de acto, sino de autor.

Para sostener su tesis de la contradicción en los términos del derecho penal del enemigo, cuestiona la aceptación de normas de ese tipo dentro de un sistema jurídico y postulando una respuesta negativa aduce como argumentos: en primer lugar su inconstitucionalidad, en segundo lugar su falta de prevención policial-fáctica de delitos, o sea su ineficacia real y como tercer argumento y en respuesta a la pregunta ¿forma parte (el derecho penal del enemigo) conceptualmente del derecho penal? responde enfáticamente que no, dado que “a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor...” Por lo tanto, para este autor, el llamado derecho penal del enemigo, no es derecho, sino una manifestación de fuerza estatal.

La revisión somera de los trabajos contenidos en estos dos libros, nos lleva al urgente cuestionamiento de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos nacionales y a su crítica desde el punto de vista constitucional, a la manera en que Muñoz Conde y Cancio Meliá lo hacen en la legislación española advirtiendo la tendencia en los países latinoamericanos, como Colombia, por receptor dicho concepto.

Günther Jakobs es un autor ampliamente difundido tanto a nivel político como académico, exponente de la teoría funcionalista radical, que sostiene o sostenía la prevención general positiva como fin de la pena, importando más el equilibrio del sistema vía reafirmación de la validez de la norma. Es fuertemente rebatido por sus colegas, sin embargo su obra se lleva en muchos países como libro de texto y se aplica en algunas legislaciones, como el caso ya citado de Colombia.

La política criminal contemporánea de combate a la delincuencia, defendida por la mayoría de los legisladores clama por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del presunto delincuente, encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad.⁵ Se olvida que la administración de justicia penal adolece de graves y complejas fallas que ocasionan que frecuentemente puedan ser indiciados personas inocentes o utilizarse el sistema penal como medida de ataque contra enemigos políticos. La persona contra quien se inicia una sospecha como autor de un delito, por ese sólo hecho se ve inmerso en un campo que efectivamente es “del enemigo”.

Todos, en algún momento reaccionamos como Rousseau y Fichte, el delincuente es un enemigo, real contra quien sufrió el agravio, potencial contra el resto de la población. La estigmatización social y su posición vulnerable, salvo casos excepcionales, lo hace encaminarse en un camino sin retorno. En México, el aumento de la pena de prisión en “hasta 70 años”, es la demostración fehaciente del fracaso del fin de la prevención, general o especial, positiva o negativa. Es la exclusión definitiva de la sociedad, de hecho la muerte civil del enemigo. Solo faltará receptar las medidas de la lucha antiterrorista en el procedimiento común o reimplantar la pena de muerte.

Creo que se impone profundizar en los argumentos a favor y en contra de la existencia de ese derecho, realizar un minucioso examen de la legislación mexicana, detectar brotes de ese “derecho penal del enemigo”, denunciar su inconstitucionalidad y propugnar la defensa de un derecho penal respetuoso de la dignidad humana, señalando, de ser posible, alternativas de política criminal en la lucha contra la delincuencia. Imaginemos por un momento que cada uno de nosotros o un familiar o amistad cercano se ve señalado por la maquinaria penal. ¿Qué pediríamos?

⁵ Así, ante los homicidios entre grupos de narcotraficantes en algunas ciudades de México, principalmente de la frontera norte, se acepta sin discusión la entrada del ejército y la implementación de controles que reducen sensiblemente la libertad de circulación.

Bibliografía

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

_____, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, 102 pp.

SHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002.