

## El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes

Fabián L. Riquert<sup>1</sup> y Leonardo P. Palacios<sup>2</sup>

*en La Ley, Revista Universitaria, Año V, Nro 3, junio de 2003, p.1 - 8.*

### (p. 1) I.- INTRODUCCIÓN

Con posterioridad a la caída del Muro de Berlín el sistema capitalista surgió en apariencia, doblemente triunfante: como el único sistema posible de sociabilización y a su vez –por dicho triunfo– como el mejor de todos los sistemas –no importa si conocidos o a conocerse–.

A más de una década de tales sucesos podríamos preguntarnos por qué la “pax posmoderna” no es tal. Si el actual modelo hegemónico es el único y mejor posible... ¿por qué la miseria, la hambruna, la indignidad de tantas personas, el trabajo infantil, las pagas miserables a los trabajadores, las doce o catorce horas diarias de trabajo, la desocupación, los subsidios a los desocupados, la creciente criminalidad –organizada o no–, el resurgimiento de enfermedades del medioevo, la mortalidad infantil, el analfabetismo, los conflictos armados, el terrorismo?. ¿Por qué?.

Si la cúspide de la civilización fue alcanzada a través de este sistema capitalista, cuyos mejores tesoros a mostrar son –en teoría y por contraposición al declinante socialismo real– su democracia representativa, su positivización de los derechos humanos y su derecho penal y procesal penal respetuoso de las garantías individuales ¿cuál es el motivo de las continuas violaciones de esos derechos humanos? ¿cuál es la necesidad permanente de recurrir a legislaciones de excepción que “limiten”, “restrinjan”, “suspendan” determinadas garantías individuales?

El Derecho Penal del Enemigo surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías. Uno de sus sostenedores es el pensador alemán Günther Jakobs, quien a los fines de construir su teoría del delito se basa en el estructuralismo-funcional de Luhmann. Como a priori se puede sospechar, no son ajenas a estas teorías los fenómenos “excepcionales” de terrorismo, narcotráfico o extranjería ilegal, los cuales se ubican en la base de su justificación.

En la presente contribución intentaremos –en apenas un limitado bosquejo, lo sabemos– aproximarnos a esta teoría, a la situación política en la que surge, a su relación con los positivizados derechos humanos y a la permanente necesidad de responder a “fenómenos excepcionales”.

### II.- CONSIDERACIONES GENERALES

A fin de llegar a los puntos centrales, es necesario efectuar un rodeo que nos aproxime, aunque sea preliminarmente, a determinadas cuestiones que muchas veces son dejadas de lado al analizar temáticas un tanto difusas como las del “terrorismo” y su relación con las garantías individuales.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Master en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Constitucional y de la Práctica Profesional Penal de la Universidad Atlántida Argentina, sede Mar del Plata. Adscripto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Secretario de la Unidad Fiscal de Instrucción N°5 del Depto. Judicial de Mar del Plata.

<sup>2</sup> Profesor de Historia Constitucional de la UNMDP. Abogado.

<sup>3</sup> En este sentido se podría hacer un paralelo con la disputa entre “garantismo” y “mano dura” como modelos de actuación penal. Así, parecería que la “lucha” contra el “crimen organizado” sea terrorismo, narcotráfico o mafia, es incompatible con las garantías penales. En principio debemos expresar que tales dicotomías son falsas, y que en realidad las discusiones teóricas sobre criminalidad no deberían correr por tales carriles, sino plantear porque la “criminalidad” es funcional al sistema y en el específico caso de la organizada, qué papel juega para que no sólo no sea combatida sino que sea incentivada, protegida y utilizada ampliamente por y desde el poder.

Pensamos que estas cuestiones se insertan en los cimientos del tema, y que su tratamiento es necesario (p. 2) para poder poner en una real perspectiva la cuestión que desde los centros de poder –si se nos permite esta forma de denominarlos– dan a llamar “lucha contra la criminalidad organizada”.

Debemos partir entonces desde el mega concepto “criminalidad organizada”, pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, que incluye desembosadamente a la llamada “lucha contra el terrorismo”, la “lucha contra el narcotráfico” y la “lucha contra el inmigrante ilegal”. Es decir, aquellas luchas –en teoría– excepcionales por la “emergencia” o por lo “anormal” de las mismas, por las cuales la “civilización occidental” busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus más preciadas “conquistas”, tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que se basa en el respeto a tales derechos humanos. Ese derecho penal humanitario sobre el cual Beccaria daba sus primeras lecciones y al que se refería Foucault ilustrando acerca de su funcionalidad en el naciente sistema capitalista.<sup>4</sup>

Al finalizar la década de los ochenta, la caída anunciada de los llamados socialismos reales, provocó un auge de “sepultadores” de toda teoría que se opusiera y/o que fuera medianamente crítica del sistema capitalista –ya hegemónico–. El triunfante contendiente en el ring en que se había –aparentemente–<sup>5</sup> enfrentado con una forma antitética de socialización, no podía tener rivales, lo que es lo mismo que decir que no podía tener alternativa. Y no sólo nos referimos a los Fukuyama, sino a muchos otros teóricos, que sin fuente de financiamiento o usina ideológica, abrevaron en otros aspectos de la teoría política, de la sociología, de la ciencia social en general, en sintonía con el aparente fin de las ideologías, del fin de la historia, del fin de los grandes relatos, es decir, con la glorificación del sistema capitalista como mejor y única forma posible de sociabilización del ser humano.<sup>6</sup>

No es necesario que nos extendamos en la falsedad teórica de tales “fines”. Tampoco es necesario plasmar los números que los mismos organismos dependientes de los centros de poder nos acercan sobre la miseria, la explotación, la degradación ambiental y la vulneración del más elemental derecho humano, comenzando con el de la vida, que se produce en más del ochenta por ciento de la población mundial. Cuando mayores instrumentos jurídicos universales se poseen consagrando innumerables derechos, y cuando mayores medios tecnológicos se poseen para hacer frente a las necesidades humanas –y no sólo las de alimentación, vivienda y salud, que de tan básicas ni las deberíamos nombrar, sino también las de alfabetización, esparcimiento y disfrute del ocio a través de toda actividad cultural- es cuando parece imposible evitar sus violaciones, aún más que en otros momentos históricos. Esto resultaría una paradoja, sino tuviéramos presente que tanto los derechos consagrados a partir del llamado Estado social de derecho<sup>7</sup>, así como las herramientas tecnológicas que permiten a unos pocos privilegiados el acceso a una vida impensable para la gran mayoría de la especie humana, son en principio funcionales a quien hegemoniza el poder en la sociedad capitalista, es decir de quien posee la capacidad de dirigir la sociedad. Una sociedad que les guste o no a los teóricos de los “finales”, sigue siendo una sociedad con diferentes clases sociales, y dentro de dichas diferencias, con una clase que posee los medios de producción, y otras, que cada día en forma más evidente, sólo tiene su fuerza de trabajo para “vender”, y ya en algunos casos ni siquiera la misma es “comparable”.<sup>8</sup>

Es entonces, cuando desaparecido el bloque socialista, nos encontramos con que el sistema capitalista, que por definición debe ser total, debe ser hegemónico, que todo debe convertirlo en

---

<sup>4</sup> Ver Foucault, Michel: *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI., p. 91 Del mismo autor *Genealogía del racismo*, Caronte Ensayos, p. 34

<sup>5</sup> Sobre tal apariencia, es decir, sobre la similitud entre el capitalismo y el socialismo real, ver Negri, Antonio y Guattari, Félix, *Las verdades nómades*, Bilbao, Iralka, 1996, p.23.

<sup>6</sup> Ver Grüner, Eduardo “La Parte y los Todos, Universalismo vs. Particularismo: las aporías ideológicas de la globalización (post) moderna” en Ciclos, Año VII, Vol. VII, N° 12, 1° semestre de 1997, p.125/6.

<sup>7</sup> Ver Mir Puig, Santiago: *El Derecho Penal en el Estado Social de Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel.

<sup>8</sup> Para comprender los cambios en la tradicional formulación teórica de las clases sociales, ver Negri, Antonio: *Del obrero masa al obrero social. Una entrevista sobre el obrerismo*. Barcelona, Anagrama, 1980, entre otras obras del autor.

mercancía –como en el comienzo lo hizo con la tierra, el dinero y el trabajo–<sup>9</sup>, no se podía desplegar tan pacíficamente como los teóricos del neoliberalismo propagandizaban, sino que en muchos (p. 3) casos debía recurrir, como en sus comienzos, a la violencia. Esto es en virtud de que existían –y aún existen– numerosas expresiones de resistencia.

Entre esas expresiones que dificultan una total hegemonía –si algo así fuera posible– podríamos incluir a lo que desde los centros del poder llaman “terrorismo” y que es tan difuso e indefinido que lo debemos entrecomillar, puesto que el único “terrorismo” existente es el término que de acuerdo a la oportunidad, define lo que el sistema necesita que defina.<sup>10</sup>

Abordar entonces el tema del llamado derecho penal del enemigo nos lleva a planos teóricos muy dificultosos, puesto que no podemos obviar que está íntimamente ligado al tema del “terrorismo”. Y teniendo en cuenta que bajo ese rótulo se mezclan ya no sólo diferentes categorías, sino también –y sobretodo– demasiados intereses políticos y económicos, que van desde mantener determinadas áreas de producción bajo el dominio de los centros de poder, hasta justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego la tan sacralizada “soberanía”, pilar básico de su propio sistema de dominación.<sup>11</sup>

Sin duda el tema ha cobrado un cariz bien diferente a partir del 11 de septiembre de 2001, cuando los Estados Unidos de América se encontraron siendo víctimas del mayor atentado terrorista hasta la fecha, en su propio país, en el corazón mismo de su centro financiero.<sup>12</sup> Sobretudo a partir que toda la maquinaria propagandística –que no es poca, como sabemos– del “occidente civilizado” se puso en marcha señalando culpables y causas, y fundamentalmente imponiendo las sanciones respectivas a esos “culpables”. En ese contexto es difícil despejar las cuestiones en juego puesto que parecería que un atentado masivo puede justificar dejar de lado todo principio sostenido hasta el momento, ya sea de derechos humanos, de derecho penal o de derecho internacional. Tampoco es el aspecto central de la contribución, por lo cual seremos excesivamente someros en algunas definiciones necesarias –si se nos permite la licencia de llamarlas así–.

Pero es necesario referirnos mínimamente a esas definiciones para entender el por qué del surgimiento del llamado derecho penal del enemigo. En este sentido debemos ver que más allá del fin de los socialismos reales –o sólo socialismos, siguiendo a Foucault<sup>13</sup>– el sistema capitalista no puede pacíficamente “desarrollarse” ya sin oposición, puesto que es básicamente un sistema basado en la explotación, y como tal –más allá de la gran capacidad de resignificar los sentidos de las oposiciones a su favor– es bastante comprensible que genere rechazos. Pero ya no “dentro” o “fuera” de las fronteras nacionales, puesto que el derecho penal del enemigo será seguramente más eficaz al interior de las potencias que en su “lucha” fronteras afuera contra el terrorismo. Esto tiene que ver con que no pensamos que el “terrorismo” es una oposición al sistema capitalista. El hecho de no ser especialistas en el tema nos da la suficiente lejanía de las disciplinas que lo abordan como para poder entrever un conflicto de otro tipo, que sí tiene que ver con lo cultural y lo religioso, pero que no puede ser reducido solamente a ello. Por caso nos parece extraño pensar en una definición de “terrorismo” o de “terrorista”. Más vale nos hace sospechar de quien pueda definirlo: ¿serán lo mismo las FARC colombianas, los Sin Tierra brasileños, los zapatistas mexicanos, los partidarios de Arafat, los partidos musulmanes argelinos o los integrantes de Al Qaeda?.

---

<sup>9</sup> Polanyi, Karl: *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 77/80.

<sup>10</sup> Esto no quiere decir que consideramos al difuso “terrorismo” como una oposición al capitalismo. Parecería ser que en algunos casos, por el contrario, resulta funcional al mismo.

<sup>11</sup> En este sentido ver Negri, Antonio; *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994, p. 42; y Foucault, Michel: *Genealogía del racismo*, Caronte Ensayos, 1996, p. 29.

<sup>12</sup> Por lo expresado como “corazón de su centro financiero”, ver lo expuesto por Hardt, Michael y Negri, Antonio: *Imperio*, traducción de Eduardo Sadier de la Edición de Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

<sup>13</sup> Foucault, Michel: “Poderes y Estrategias”, en *Microfísica del poder*, Barcelona: Planeta Agostini, 1995, p. 165.

### III.- PLANTEO DE LA CUESTION

Dentro del contexto mencionado precedentemente, se puede observar que el tema de la protección efectiva de los D.H. se encuentra en franco retroceso en los últimos años, donde si bien por un lado existe una profusa legislación en el orden internacional a través de los diferentes Tratados Internacionales no sólo bilaterales sino, regionales y mundiales, que tienden a establecer un (p. 4) sistema universal de protección de D.H.; por el otro, todo este plexo normativo no alcanza una dimensión sociológica de importancia en lo que hace a su efectiva realización.

Un reciente ejemplo de lo expuesto es la creación durante el año 2002 de la Corte Penal Internacional<sup>14</sup>, donde sus alcances son muy amplios y aparecen como una esperanza cierta que se vio positivizada en la normativa que dio origen a la Corte, e inmediatamente una vez puesta en marcha, surgen reacciones políticas de los países, en especial Estados Unidos, manifestando su expresa intención de no someterse a su jurisdicción.

Lo expuesto evidentemente repercute en forma más aguda en los países periféricos donde ya los derechos económicos, sociales y culturales, en algunos casos no sólo han retrocedido sino que directamente nunca han tenido vigencia o han sido erosionados progresivamente hasta su total vaciamiento.

Sumado al marco descripto, aparecen reacciones en todo el mundo de marcada exclusión social acompañadas con un alto tinte xenofóbico y de intolerancia, por contrapartida a la masiva circulación de capitales y mercancías, casi sin obstáculos. Estas reacciones se ven encardinadas, de acuerdo a la realidad de cada región, en diferentes receptores.<sup>15</sup>

Así, en Latinoamérica los “excluidos”<sup>16</sup> son las clases sociales bajas, pero la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otros excluidos: los habitantes no comunitarios. Y en Estados Unidos los extranjeros “terroristas”.

Este tipo de actitud reaccionaria no sólo se puede observar en su aspecto sociológico y político, sino que se encuentra reflejado normativamente a través de la legislación nacional (en EEUU, por ejemplo la Patriot Act ), en recomendaciones regionales (como en la Unión Europea), y en las propias legislaciones de los países que lo integran (ej. Italia, Inglaterra y Francia).

Continuando con la consagración normativa de estas políticas, se encuentra en franco desarrollo un tipo de legislación penal especial, que ya mencionáramos como “el derecho penal del enemigo”, o lo que llaman algunos doctrinarios “tercera vía”, entre otros, Silva Sánchez<sup>17</sup>.

Esta concepción del derecho penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de “ataques” diferentes al que puede surgir desde la criminalidad “común”, asimilándolos a un estado de excepción (guerra – terrorismo - narcotráfico) y que intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho Penal y Procesal sin garantías.

---

<sup>14</sup> De acuerdo al art. 126 del Estatuto de Roma el mismo entró en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, habiendo alcanzado dicho número durante el mes de abril del año 2002.

<sup>15</sup> No obstante lo expuesto van surgiendo reacciones contra estas políticas. Así en Estados Unidos se fundó un movimiento conocido como NION (Not in our name), que se traduce en “No en nuestro nombre” que hizo su debut público el 19/9/02 en el diario New York Times en una solicitada en contra del presidente Bush a la que adhirieron artistas e intelectuales de ese país, y de Alemania, entre otros Jürgen Habermas. (Clarín, 6/10/02). Recientemente, el 9/11/02 se reunieron en una marcha en contra de la guerra de Estados Unidos contra Irak y el modelo neoliberal un millón de personas en Florencia, Italia, siendo la mayor protesta desde los atentados del 11 de septiembre (Clarín, 10/11/02).

<sup>16</sup> Excluidos si de beneficios económicos, sociales y políticos, pero plenamente incluidos en el sistema, atravesados por todos los puntos de sujeción que hacen que reproduzcan –al igual que los “incluidos”– las diferentes formas en que se traduce la dominación en la vida cotidiana.

<sup>17</sup> Silva Sánchez; La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2001, p. 166, citado por Portilla Contreras, Guillermo; El Derecho penal y procesal del “enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, apunte aportado por el catedrático en el marco del Master de Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca, Mar del Plata, 2000-2002.

Lo más preocupante de estas políticas criminales es que se encuentran avaladas por prestigiosos intelectuales que le dan el marco teórico para sostenerlas. En este sentido, desde Alemania aparece Günther Jakobs con una fuerte influencia para todo el sistema del derecho continental con su teoría funcionalista quien ha resumido al Derecho Penal del Enemigo con las siguientes características: 1) de un lado, un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir; 2) la falta de reducción de la (p. 5) pena proporcional a dicho adelantamiento<sup>18</sup>; 3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en concreto la económica; y 4) la supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye un ejemplo clásico.<sup>19</sup>

En atención a lo expuesto, señala el catedrático de la Universidad de Jáen, Guillermo Portilla Contreras –duro crítico a esta concepción- que la función del derecho penal actual será –siguiendo el desarrollo argumental- la de separar nítidamente el derecho penal del enemigo del de ciudadanos, para distinguir entre las acciones de las personas y las de las no-personas (enemigos).

Siguiendo a Jakobs el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo una no-persona<sup>20</sup>. Así, el profesor alemán reconoce que el derecho penal del enemigo sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico –estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho.<sup>21</sup>

Entonces aparecen subrepticamente tras el derecho penal del enemigo, cuestiones que poco tienen que ver la seguridad y paz social; sino con fines completamente opuestos a los que se dicen defender, y donde se hace la construcción teórica de identificar al “enemigo” como al que se encuentra “fuera del sistema sin intención de regresar”, y que por tanto al estar fuera del sistema no le corresponde las garantías del sistema. Se identifica al “enemigo” como “no persona”, y de esta forma el Estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma más agresiva violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las Constituciones y Tratados Internacionales de D.H. (Por ejemplo: confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin estar expresados los motivos y sin control del imputado ni judicial, etc.). De acuerdo a Portilla Contreras esta teoría se basa en “la teoría de los sistemas orientada a la teoría de la comunicación. En la opinión de Jackobs, la persona existe en función de su relación social. “La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se obtiene mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro”.<sup>22</sup>

Para acercarnos a la función que esta teoría puede cumplir en una sociedad de control, no podemos dejar de recordar el pacto social descripto por Hobbes, por el cual el ser humano abandona el estado

---

<sup>18</sup> Da como ejemplo que la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas.

<sup>19</sup> Jakobs, Günther; *La ciencia del derecho penal antes las exigencias del presente*, Revista Peruana de Ciencias Penales, Edición especial sobre el Código Penal Peruano, Año VII-VIII, N°12, p.55.

<sup>20</sup> “El enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida, o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho (...) Si como indica Jackobs, el número de enemigos aumenta, una sociedad que conoce tal riesgo no puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva sólo con medio policiales. En otras palabras, no se encuentra otras alternativas al Derecho penal del enemigo porque el ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadano que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. Los enemigos actualmente no son personas.” Portilla Contreras, Guillermo. *ob. cit.*

<sup>21</sup> Jakobs, Günther; *La ciencia del derecho penal antes las exigencias del presente*, Revista Peruana de Ciencias Penales, Edición especial sobre el Código Penal Peruano, Año VII-VIII, N°12, p.55. En este artículo admite que la pena determinada conforme al Estado de Derecho es insuficiente en algunos ámbitos, sin perjuicio de no poder ingresar a una temática que excede este trabajo como es los fines de la pena, y de su utilidad, no coincidimos con tal afirmación: no concebimos un derecho penal que pretenda justificarse por fuera de la constitución.

<sup>22</sup> Portilla Contreras, Guillermo, *ob. cit*

naturaleza. De acuerdo al ilustre inglés, los individuos resignan mediante un acuerdo parte de su libertad, a fin de delegarla en un tercer ente creado mediante ese pacto, el Estado, cuyo titular será el Soberano. El Estado será (p. 6) quien dirija los asuntos públicos y ya nadie puede quedar por fuera de sus decisiones, ni ponerlas en cuestión. Tan es así que de acuerdo a Hobbes, quien queda fuera del contrato “puede ser eliminado sin injusticia”<sup>23</sup>.

Es importante entonces comparar esta concepción con la del Derecho Penal del Enemigo. Así, quien forma parte de una vaga “organización criminal” no es “persona”, es decir no merece que se le respete los derechos individuales, o sea no merece “ni justicia”. Quedó fuera de la “sociedad”, y tal como en el contrato hobbesiano, quien está afuera no es persona, y no merece que se lo respete en esa calidad. Paradójicamente quedó fuera de una normativa que no consintió, que le es impuesta históricamente y justificada por una ficción (el famoso pacto en Hobbes; quien consiente las normas o sólo delinque en forma “normal” en la teoría del Derecho Penal del Enemigo).

En tal sentido Foucault nos dice: “Al nivel de los principios esta estrategia nueva se formula fácilmente en la teoría general del contrato. Se supone que el ciudadano ha aceptado de una vez para siempre, junto con las leyes de la sociedad, aquella misma que puede castigarlo. El criminal aparece entonces como un ser jurídicamente paradójico. Ha roto el pacto, con lo que se vuelve enemigo de la sociedad entera; pero participa en el castigo que se ejerce sobre él.”<sup>24</sup>

Y con respecto a los primeros “enemigos” de la sociedad, expresa: “Le Trosne, el fisiócrata que fue consejero del presidial de Orleáns, puede servir de ejemplo. En 1764 publica una memoria sobre la vagancia: semillero de ladrones y de asesinos “que viven en el seno de la sociedad, sin ser miembros de ésta”, que hacen “una verdadera guerra de los ciudadanos” Contra ellos pide las penas más severas (...); quiere que se refuerce la policía, que la gendarmería los persiga con la ayuda de la población, víctima de sus robos (...) “Un vagabundo es infinitamente más peligroso para la sociedad”<sup>25</sup>.

Es decir, los enemigos de ayer eran los “vagabundos”, en general quienes atentaban contra el derecho de propiedad. Los de hoy son los “terroristas”, o los “narcotraficantes” –los mismos que continuamente tejen relaciones en los centros de poder– y como tal no es necesario respetar sobre ellos derechos individuales. Lo expuesto resulta insostenible dentro del marco teórico de la protección de los Derechos Humanos. Más aún, cabría preguntarse ... ¿quiénes serán rotulados como los próximos “enemigos”? En este sentido afirma Zaffaroni que la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales. Señala que partiendo de la falsa percepción de la criminalización, se sustenta la ilusión de la solución de gravísimos problemas sociales, que lo único que hace es neutralizar o paralizar la búsqueda de soluciones eficaces o reales, y que cada vez que se pretendió solucionar problemas como la brujería, la herejía, la prostitución, el alcoholismo, la sífilis, el aborto, la insurrección, la corrupción, el anarquismo, el comunismo, la amenaza nuclear, etcétera. “Cada uno de estos conflictivos problemas se disolvió (dejó de ser un problema), se resolvió por otros medios o no los resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo. Sin embargo, todos dieron lugar a discursos de emergencia, que hicieron nacer o resucitar las mismas instituciones represivas a las que en cada ola emergente se apela, y que no varían desde el siglo XII hasta el presente”<sup>26</sup>

Algunos ejemplos sobre el tratamiento al “enemigo”, al “extranjero”, al que está “afuera del contrato” los encontramos en la Orden del Presidente de EE.UU del 13 de noviembre del 2001 que permite la instauración de tribunales militares secretos que se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo, pudiendo desplazarse al lugar del no-nacional para juzgarlo.

Pero no es la única legislación en este sentido: como lo expresa Portilla Contreras, “Al igual que sucede con la italiana y francesa, la legislación británica en esta materia gravita en torno a un concepto de terrorismo internacional ampliado y la concesión de poderes desorbitados a la policía;

---

<sup>23</sup> Hobbes, Thomas; *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. en español, Novena reimpresión, México, 1998, pp. 144-145.

<sup>24</sup> Foucault, Michel: *Vigilar y castigar*, p. 94.

<sup>25</sup> Foucault, Michel: *Vigilar y castigar*, pag.92, citando a G. Le Trosne, *Mémoire sur les vagabonds*, 1764 pp. 8, 50, 54, 61-62.

<sup>26</sup> Conf. Zaffaroni - Alagia – Slokar; “Derecho Penal Parte General”, Ediar, 2000, p. 21/3.

junto a ello, utiliza especialmente el concepto de terrorismo centrado en el inmigrante (p. 7) ilegal”<sup>27</sup> Así, considera terrorista internacional al que, como miembro de un grupo terrorista internacional, ha participado en la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo internacional, o bien tiene vinculación con una persona perteneciente a dicho grupo. Y como si fuera poco la ley prevé el aumento de las penas para aquellos que lleven a cabo comportamiento jocosos en relación con las amenazas terroristas.<sup>28</sup>

En este contexto, prácticas expresamente prohibidas por las legislaciones procesales –intervenciones telefónicas o de correo electrónico- son legislativamente autorizadas por el poder ejecutivo sin control judicial alguno. Como por ejemplo en Francia con la Ley de 31 de octubre del 2001 N° 718 sobre seguridad cotidiana, que no sólo ha incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, sino también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas.

Estados Unidos en su Patriot Act del 26/10/2001 consagra por el plazo de cuatro años un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar garantías penales y procesales. También postula un concepto de terrorismo que comprende tanto al terrorismo doméstico<sup>29</sup> como a las organizaciones terroristas. Se define al primero como cualquier actividad que suponga un peligro para la vida, constitutiva de una infracción de la ley penal de Estados Unidos, dirigida a intimidar o coaccionar a la población civil, a influir en la policía del gobierno con intimidación o coerción, o afectar a conductas de destrucción masiva, asesinatos o secuestros

En Italia<sup>30</sup> se sanciona al que promueva, constituya, organice, dirija o financie asociaciones que se propongan la realización de actos violentos con finalidad de terrorismo internacional o subversión del orden.

Como una respuesta racional de lo expuesto, coincidimos con Hassemer cuando hace referencia a que el Derecho Penal debe estar orientado a las consecuencias. Así, con ello quiere significar que la legislación y jurisprudencia penal en un moderno sistema jurídico deben estar interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitabilidad de aquellos que se rechazan. Esta tendencia, finalmente, afecta ante todo al legislador penal dado que debe resolver qué conductas ha de seleccionar como relevantes ante el Derecho Penal, y qué tipo de consecuencias jurídicas ha de establecer para las mismas.<sup>31</sup>

#### IV.- CONCLUSIONES

Observamos que bajo la creciente legislación de excepción encuadrada dentro de la construcción teórica “Derecho Penal del Enemigo” se están violando palmariamente derechos fundamentales pacíficamente consagrados. Esta construcción teórica ya tiene su anclaje en la realidad en especial por la situación de los “presos” talibanes en Guantánamo en donde, como refiere Portilla Contreras, la traslación a la realidad de la ficción jurídica de las “no-personas”, en definitiva, de los “enemigos” sin derechos, tiene plena eficacia.

A partir de determinada coyuntura política, que no se puede analizar sin tener en cuenta la tendencia a la hegemonía, a la totalización del capitalismo y sus necesidades de acumulación, las legislaciones nacionales e internacionales ampliaron el concepto “terrorismo” a extremos inverificables en franca violación a principios de Derecho Penal en su formulación típica y a principios de derecho procesal penal en su instrumentación procesal.

En este sentido no podemos dejar de recordar la teoría hobbesiana, en el sentido de que quien no acepta las normas que surgen del contrato social, puede ser “eliminado sin injusticia”. La noción del Derecho Penal del Enemigo se emparenta con este extremo al negarle el carácter de “personas” a

---

<sup>27</sup> Portilla Contreras, *ob. cit.*

<sup>28</sup> Ley Anti-terrorism, crime and security bill del 2001 que modificaría la ley antiterrorista del 2000.

<sup>29</sup> Sección 23331, Título XVIII de la ley.

<sup>30</sup> Ley de 15 de diciembre del 2001, nro 438.

<sup>31</sup> Hassemer, Winfried; *Fundamentos del Derecho Penal*, (traducción y notas de Miño Conde y Arroyo Zapatero), Bosch, 1984, p. 34/5.

quienes pertenecen a cierto subgrupo de “delincuentes”. Por lo tanto, a partir de la justificación teórica que le aporta la teoría estructural funcionalista de Luhman, Jakobs se inclina por la innecesidad de respetar los derechos humanos –traducidos en garantías individuales en el proceso penal– de quienes participen de dicho subgrupo. Es decir determinados sujetos, al quedar (p. 8) al margen de las normas de funcionamiento de la sociedad, son “no personas”, podríamos agregar, pasibles de ser eliminados sin injusticia.

Pensamos que estas teorías no pueden ser analizadas sin profundizar en las necesidades del sistema capitalista de crear “excepciones” a la aplicación masiva de la normativa positiva en derechos humanos, toda vez que si tales derechos se cumplieran efectivamente serían inviables las condiciones en que se puede desarrollar dicho sistema.

Coincidimos con Portilla Contreras que las definiciones de terrorismo señaladas van a permitir considerar como tales a los miembros de asociaciones antiglobalización y a todos los que proporcionen ayuda a esos grupos, o en definitiva a quienes en mayor o menor medida puedan representar una opción verdaderamente democrática y liberalizadora.

## **BIBLIOGRAFIA**

AIZEN, Marina; “Rebelión en el Imperio: Los primeros misiles de la sociedad civil”, nota periodística en el suplemento “Zona”, diario “El Clarín”, 6/10/2002.

BORON, Atilio A.; Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina, Bs. As. Oficina de publicaciones del CBC, UBA, 1997.

FOUCAULT, Michel; Microfísica del Poder, Planeta–Agostini, Buenos Aires, 1994.

FOUCAULT, Michel; Vigilar y Castigar, Siglo XXI.

FOUCAULT, Michel; Genealogía del racismo, Caronte Ensayos, Altamira, 1996.

GRÜNER, Eduardo; “La parte y los todos. Universalismo vs. Particularismo: las aporías ideológicas de la globalización (post–moderna)”, Ciclos, Año VII, Volumen VII, N° 12, 1er. Semestre de 1997.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio; Imperio, traducción de Eduardo Sadier de la Edición de Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

HASSEMER, Winfried; Fundamentos del Derecho Penal, (traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosch, 1984.

HOBBS, Thomas; Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. en español, Novena reimposición, México, 1998.

JAKOBS, Günther; La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Revista Peruana de Ciencias Penales, Edición Especial sobre el Código Penal Peruano, Año VII- VIII, N° 12.

MIR PUIG, Santiago; El Derecho Penal en el Estado Social de Derecho, Barcelona, Ed. Ariel.

NEGRI, Antonio; Del obrero masa al obrero social. Una entrevista sobre el obrerismo. Barcelona, Anagrama, 1980, entre otras obras del autor.

NEGRI, Antonio; Dominio y sabotaje, Barcelona, El Viejo Topo, 1979.

NEGRI, Antonio; El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.

NEGRI, Toni y GUATTARI, Félix; Las verdades nómadas, Iralka, Bilbao, 1996.

O’DONNELL, Guillermo; “La muerte lenta de la democracia”, nota periodística en el suplemento “Zona”, diario “El Clarín”, 22/09/2002.

POLANYI, Karl; La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 77-80.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros “entretenimientos” de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en



materia de libertad y seguridad personal”, en Revista Jueces para la Democracia, Nº 26, julio 1996, Madrid.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; “Derecho Penal y Procesal del enemigo en España: terroristas, traficantes e inmigrantes”, apunte aportado por el catedrático en el marco del Master de Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca, Mar del Plata, 2000-2002.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, apunte aportado por el catedrático en el marco del Master de Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca, Mar del Plata, 2000-2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Derecho Penal – Parte General”, Ediar, 2000.