

¿"Derecho penal" del enemigo?

Manuel Cancio Meliá
Profesor titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

Trabajo publicado en: **Jakobs/Cancio Meliá**, *Derecho penal del enemigo*, editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 a 102.

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 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 también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha -con permiso de *Hegel* y del búho de Atenea- de que asistimos a 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 *Jakobs*¹ en la discusión.

¹ Cfr. *Jakobs*, en: Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), Estudios de Derecho judicial nº 20, 1999, pp. 137 y ss. (= La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente,

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 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 (*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, 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 pleonasma, "Derecho penal del enemigo" una contradicción en los términos.

2000); *idem*, en: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 47 y ss., 51 y ss. (= tomo en prensa en traducción española, ed. a cargo de *Muñoz Conde* [en: ed. Tirant lo Blanch]); vid. próximamente también *idem*, en: *idem*, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2., II. C. (en prensa para ed. Civitas); el concepto fue introducido por primera vez por *Jakobs* en el debate en su escrito publicado en *ZStW* 97 (1985), pp. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 y ss.); cfr. también *idem*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991 (= *Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación*, 1995), 2/25c.

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 concepto de la "expansión" del Derecho penal². En efecto, en el momento

² Un término que ha utilizado *Silva Sánchez* en una monografía, ya de gran repercusión en la discusión -a pesar de que la fecha de publicación es reciente- 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 edición, 1999, 2ª edición, 2001, *passim*); 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, pp. 201 y ss. (= ADPCP 1995, pp. 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), pp. 169 y ss. (= Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, 2001, *passim*). 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, *passim*; *Mendoza Buergo*, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001, *passim*; *Zúñiga Rodríguez*, *Política criminal*, 2001, pp. 252 y ss. Desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, vid. 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, pp. 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; vid. también, relativizando la justificación del

actual puede convenirse que el fenómeno más destacado 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 antiliberales⁵.

discurso globalmente crítico, recientemente *Pozuelo Pérez*, RDPP 9 (2003), pp. 13 y ss.

³ Cfr. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 751.

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

⁵ Vid., por ejemplo, *Hassemer*, en: *Philipps et al.* (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 85 y ss. (p. 88); *idem*, en: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, pp. 329 y ss.; *Herzog*, *Unsicherheit* (nota 4), pp. 65 y ss.; *Albrecht*,

B. Los fenómenos expansivos

En primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse 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 aprehenderse 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 críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente "simbólicos"⁶. Como ha señalado *Hassemer* desde el principio de

en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Zustand des Strafrechts* (nota 2), pp. 429 y ss.

⁶ Vid. sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones contenidas en *Voß*, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, *passim*; cfr.

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, encerrado⁷, 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*⁸-, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría "delito", hasta la teoría de

también, más sucintamente, *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992, pp. 304 y ss.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, pp. 253 y ss.; *Sánchez García de Paz*, Anticipación (nota 2), pp. 56 y ss.; *Díez Ripollés*, AP 2001, pp. 1 y ss. (= ZStW 113 [2001], pp. 516 y ss.), todos con ulteriores referencias.

⁷ NSTZ 1989, pp. 553 y s. (= PyE 1 [1991], pp. 23 y ss.).

⁸ Vid. por todos las referencias en *Voß*, Symbolische Gesetzgebung (nota 6), pp. 79 y ss.

la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma⁹: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal¹⁰. 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 referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"¹¹, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Más adelante podrá hacerse alguna consideración acerca de otras funciones latentes del Derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el Derecho penal del enemigo¹².

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 delitos¹³.

⁹ *Jakobs*, AT2, 1/4 y ss.; vid. también *Baratta*, PyE 1 (1991), p. 52, y la exposición de *Sánchez García de Paz*, Anticipación (nota 2), pp. 90 y ss. en torno a las relaciones entre Derecho penal preventivo y Derecho penal simbólico.

¹⁰ Cfr., por todos, *Díez Ripollés*, AP 2001, pp. 4 y ss.

¹¹ *Silva Sánchez*, Aproximación (nota 6), p. 305.

¹² *Infra* III. B. 2.

¹³ Cfr., por ejemplo, respecto de los delitos de lucha contra la discriminación, últimamente *Landa Gorostiza*, IRPL/RIDP 73, pp. 167 y ss., con ulteriores referencias. Vid. también acerca de este tipo de

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 decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas¹⁴ 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 España, después de 1978- en el que fueron desapareciendo diversas infracciones -recuérdese

infracciones Cancio Meliá, en: *Jakobs/Cancio Meliá*, Conferencias sobre temas penales, 2000, pp. 139 y ss.; *idem*, 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), pp. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de las conductas en cuestión en función de la gravedad social de las mismas. Aún 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: vid., por ejemplo, *Schumann*, StV 1993, pp. 324 y ss.; *Amelung*, ZStW 92 (1980), pp. 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"; vid. LK11-v. *Bubnoff*, comentario previo a los §§ 125 y ss.

¹⁴ Si bien puede observarse que en muchos casos se produce una aplicación selectiva.

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*"¹⁵: 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 antecedentes. Pero estos procesos de criminalización -y esto es nuevo- en muchas ocasiones se producen con coordenadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización¹⁶. En este sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional "populismo" en la legislación penal.

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-

¹⁵ Cfr. *Cancio Meliá*, en: *Jakobs/Cancio Meliá*, Conferencias (nota 13), pp. 131 y ss., 135 y ss.

¹⁶ 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), pp. 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 6), pp. 28 y ss.

político de dominación¹⁷ a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas¹⁸: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.¹⁹. 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 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"²⁰. 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-

¹⁷ Vid. *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; vid. sólo la panorámica trazada por *Silva Sánchez*, Aproximación (nota 6), pp. 18 y ss.

¹⁸ "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 6), p. 23 nota 36.

¹⁹ Vid. sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, *Silva Sánchez*, La expansión (nota 2), pp. 69 y ss., con ulteriores referencias.

²⁰ Sólo así se explica, por ejemplo, que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación 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.

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.

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 inocuización²¹.

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 español²², lo constituyen las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes

²¹ Cfr. sólo *Silva Sánchez*, en: *idem*, Estudios de Derecho penal, 2000, pp. 233 y ss.; *idem*, La expansión (nota 2), pp. 141 y ss.

²² Vid. respecto del CP de 1995 sólo el diagnóstico global de *Rodríguez Mourullo*, en su prólogo a los Comentarios al Código penal (1997) por él dirigidos (p. 18): el aumento cuantitativo de figuras delictivas en el nuevo Código penal "no obedece a ninguna línea coherente de política criminal", y el más contundente de *Gimbernat Ordeig*, en su prólogo a la edición del CP (Tecnos): el CP 1995 está "influido 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".

y sustancias psicotrópicas²³: la regulación contenida en el texto de 1995 duplica la pena²⁴ prevista en la regulación anterior²⁵, 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, 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. Como es sabido, la evolución más reciente discurre en dirección a una ulterior oleada de endurecimiento²⁶.

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

²³ Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente por todos, *González Zorrilla*, en: *Larrauri Pijoan* (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal*, 1999, pp. 233 y ss. y de *la Cuesta Arzamendi*, en: *Beristain Ipiña* (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal comparada, hoy y mañana*, 1999, pp. 87 y ss., ambos 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), pp. 881, 892 y s.

²⁴ 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.

²⁵ Cfr. arts. 368 CP 1995 y 344 CP TR 1973.

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 prisión²⁷, en algunos Estados de los EE.UU. sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado)²⁸.

3. Punitivismo y Derecho penal simbólico

Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello 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

²⁶ Vid. el contenido de los últimos proyectos de Ley (nº 129-1 [BOCG 14.2.2003]; nº 136-1 [BOCG 21.3.2003]; nº 145-1 [BOCG 5.5.2003]).

²⁷ 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.

²⁸ Cfr. sólo *Beckett, Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, pp. 89 y ss., 96; respecto del caso del Estado de California vid., por ejemplo, los datos recogidos en [//http://www.facts1.com](http://www.facts1.com). Cfr. también las referencias en *Silva Sánchez, La expansión* (nota 2), pp. 142 y ss.

simbólicas" pueden llegar a dar lugar a un proceso penal "real"²⁹.

Lo que sucede es que en realidad, la denominación "Derecho penal simbólico" no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales³⁰ caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la "solución" en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador³¹ 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 mercado-técnicas de conservación del poder político³², 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.

²⁹ 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 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).

³⁰ En particular, no parece adecuado contentarse con la determinación del concepto de Derecho penal simbólico como legislación penal mendaz en el sentido de que sólo simularía la obtención de determinados resultados; vid. sobre esto con detenimiento Díez Ripollés, AP 2001, pp. 4 y ss., con referencias.

³¹ Que es lo que ahora interesa; pero, por supuesto, cabría identificar -y muchos- supuestos de "aplicación simbólica" de normas penales.

³² Cfr. sólo las referencias de estas prácticas respecto del ámbito anglosajón en *Beckett, Making Crime Pay* (nota 28), *passim*, y *von Hirsch*, en: *Lüderssen* (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik* (nota 2), t. V., pp. 31 y ss.

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" no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, 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?

Para concluir, a continuación 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 penal³³ 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

³³ Es decir: un Derecho penal meramente formal, que difiere estructuralmente de la imputación que es practicada normalmente bajo esa denominación.

Según *Jakobs*³⁴, 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 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 tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas³⁵. De modo materialmente equivalente, en España *Silva*

³⁴ Quien, como se ha señalado, introdujo -en dos fases, en 1985 y 199/2000- el concepto en la discusión más reciente (*Jakobs*, Estudios de Derecho judicial 20 [nota 1], pp. 137 y ss.; *idem*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* [ed.], Strafrechtswissenschaft [nota 1], pp. 47 y ss., 51 y ss.; *idem*, ZStW 97 [1985], pp. 753 y ss.; *idem*, AT², 2/25c).

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), pp. 1031 y ss. Desde una perspectiva temporal más amplia, y con orientación filosófica, vid. el análisis correspondiente de *Pérez del Valle* (CPC 75 [2001], pp. 597 y ss.), relativo a las teorías del Derecho penal contenidas en las obras de *Rousseau* y *Hobbes*. 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.

³⁵ Vid. sintéticamente *Jakobs*, Estudios de Derecho judicial n° 20 (nota 1), pp. 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), pp. 659 y ss.; *Schünemann*, GA 2001, pp. 210 y ss.; *Muñoz Conde*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 3ª edición, 2002, pp. 116 y ss.; *Ambos*, Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts, 2002, pp.

Sánchez ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal³⁶. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal³⁷: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de 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"³⁸. Con independencia de que tal

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*; *Portilla Contreras*, mientras tanto nº 83 (2002), pp. 78 y ss., 81; *idem*, "El Derecho penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos", en prensa para: Libro en homenaje a Enrique Bacigalupo: "...justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías" (texto correspondiente a la nota 3); diferenciando el significado político-criminal de la primera (1985) y de la segunda (1999/2000) aproximación, *Prittwitz*, *ZStW* 113 (2001), pp. 774 y ss., 794 y ss., 794 y s. con nota 106. Por otra parte, aparte de *Silva Sánchez* (sobre su posición, vid. 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, pp. 177 y ss.; *Feijóo Sánchez*, *RJUAM* 4 (2001), pp. 9 y ss., 46 y ss.; *Pérez del Valle*, *CPC* 75 (2001), pp. 597 y ss.; *Polaino Navarrete*, *Derecho penal, Parte General*, tomo I: Fundamentos científicos del Derecho penal, 4ª edición, 2001, pp. 185 y ss.; *Cancio Meliá*, *JpD* 44 (2002), pp. 19 y ss.; *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (nota 2), pp. 120 y ss.

³⁶ Cfr. *Silva Sánchez*, *La expansión* (nota 2), pp. 163 y ss.

³⁷ Vid. *Silva Sánchez*, *La expansión* (nota 2), pp. 159 y ss.

³⁸ Cfr. *Silva Sánchez*, *La expansión* (nota 2), pp. 159 y ss., 161

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*³⁹- 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. ¿Hay que detenerse en esa constatación? ¿Hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás "domándolo" al introducirlo en el ordenamiento jurídico-penal? En resumen: ¿es ilegítimo? 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.

y s.

³⁹ En la segunda edición de su monografía *La expansión* (nota 2), pp. 163 y ss.

Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción⁴⁰.

En cuanto al alcance concreto de estas normas realmente existentes, puesto que se trata, como antes se ha indicado, 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 del marco del presente texto-, de diversos sectores de regulación⁴¹. En este sentido, seguramente es cierto (como ha afirmado *Silva Sánchez*⁴²) 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", delitos dentro de la actividad económica) que la de la segunda fase (a

⁴⁰ 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., por ejemplo, expresamente *Portilla Contreras*, mientras tanto n° 83 [2002], pp. 77 y ss., 83, 91).

⁴¹ Cfr., por ejemplo, el catálogo internacional expuesto por *Portilla Contreras*, mientras tanto n° 83 (2002), pp. 83 y ss.

⁴² En una contribución de seminario, Universitat Pompeu Fabra, 5/2003.

partir de 1999), más orientada 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 sobre todo en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995⁴³, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000⁴⁴, y en el futuro mediante las reformas ahora en tramitación parlamentaria⁴⁵.

La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa⁴⁶, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental⁴⁷, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas⁴⁸. Con este instrumento, el

⁴³ Cfr. la sintética descripción en *Cancio Meliá*, en: *Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro et al.*, Comentarios al Código penal, 1997, pp. 1384 y ss.

⁴⁴ Cfr. *Cancio Meliá*, JpD 44 (2002), pp. 19 y ss., 23 y ss.

⁴⁵ Especialmente, las contenidas en el proyecto de Ley nº 129-1 (BOCG 14.2.2003).

⁴⁶ En términos del significado comunicacional habitual de la pena criminal; sobre esto a continuación *infra* B. 2.

⁴⁷ Desde esta perspectiva, es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuidadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de "managerial criminology"; vid. la exposición de *Silva Sánchez*, La expansión (nota 2), pp. 141 y ss., 145.

⁴⁸ Cfr. *Silva Sánchez* (La expansión [nota 2], p. 163):

Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos⁴⁹.

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: aún 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 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 pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término⁵⁰. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista

"fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado"; "reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves" (*ibid.*, p. 166).

⁴⁹ *Jakobs*, Cuadernos de Derecho judicial n° 20 (nota 1), p. 139.

⁵⁰ Respecto del terrorismo de nuevo cuño, *Scheerer* (Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien, 2002, pp. 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.

una calificación como "otro"⁵¹, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente⁵² mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización - y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído⁵³? En este 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.

En segundo lugar, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo 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 enemigos⁵⁴. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus "complejidades"⁵⁵ ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal.

⁵¹ Que sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en primera línea un reproche, sino se persigue su neutralización.

⁵² Cfr. respecto de esta idea también el texto *infra* B. 2.

⁵³ Uno de cuyos nombres, es, precisamente, *el Enemigo*.

⁵⁴ Cfr. sobre esto también en el texto *infra* B. 3.

⁵⁵ 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 de modo negativo, *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)⁵⁶. *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 delitos⁵⁷. Estos son, naturalmente, caminos

⁵⁶ 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 (vid. las referencias *supra* en nota 34).

⁵⁷ En el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas "endógenas" muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión (ese parece ser el caso, en particular, en el paso en Alemania de la "primera generación" de la fracción del ejército rojo [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista). De todos modos, es difícil que se pueda aislar para el análisis sólo la cuestión de la efectividad preventiva: pues dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial

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 penal?⁵⁸

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) cae por su propio peso una vez dada la respuesta. 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. 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

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. 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 en alguna ocasión un éxito parcial, precisamente, para el "enemigo"; sobre la falta de efectividad, cfr. sólo *Feijóo Sánchez*, RJUAM 4 (2001), pp. 50 y ss.; respecto del caso concreto de la introducción del llamado "terrorismo individual" en el CP 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).

⁵⁸ Plantean y dejan abierta esta cuestión tanto *Jakobs* (en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* [ed.], *Strafrechtswissenschaft* [nota 1], p. 50) como *Silva Sánchez* (La expansión [nota 2], p. 166).

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 legitimación⁵⁹, sí hay 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 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 Conde*⁶⁰, en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta el gran eco de la teoría de *Jakobs* en América latina⁶¹, 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

⁵⁹ Cfr. al respecto próximamente, de nuevo, el propio *Jakobs*, en: *idem*, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2. (en prensa para ed. Civitas); vid., por lo demás, sólo *Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá*, en: *Jakobs*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 17 y ss., 22 y ss.; *Alcácer Guirao*, AP 2001, pp. 229 y ss., 242 y ss.; *idem*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, 2003, *passim*, con ulteriores referencias.

⁶⁰ En: *Barquín Sanz/Olmedo Cardenete*, Conversaciones: Dr. Francisco Muñoz Conde, RECPC 04-c2 (2002) [<http://criminet.ugr.es/recpc>].

⁶¹ Esta influencia también es constatada, en términos similares y con preocupación, por *Ambos*, *Völkerstrafrecht* (nota 34), p. 64.

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 presidente⁶². En conclusión: no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas⁶³.

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 determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal 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.

⁶² 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*.

⁶³ Vid. *Cancio Meliá*, en: *Jakobs/Cancio Meliá*, Conferencias (nota 13), pp. 139 y ss., 147.

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 autoexclusión 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 amenazas⁶⁴. 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. 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 "normalidad". Entonces, ¿qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el "Derecho penal

⁶⁴ Cfr. las consideraciones del propio *Silva Sánchez*, *La expansión* (nota 2), pp. 32 y ss., acerca de la "sensación social de inseguridad"; cfr. también *Mendoza Buergo*, *Sociedad del riesgo* (nota 2), pp. 30 y ss., ambos con ulteriores referencias.

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*⁶⁵. 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 positiva⁶⁶. 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

⁶⁵ Cfr. *supra* III. A. 2. b). En el lado de la percepción de los "enemigos", por ejemplo *García San Pedro*, Terrorismo: aspectos criminológicos y legales, 1993, pp. 139 y ss., caracteriza al terrorismo como "violencia simbólica"; vid. por todos en esta línea *Scheerer*, *Zukunft des Terrorismus* (nota 50), pp. 17 y ss., con ulteriores referencias.

⁶⁶ Vid. sólo *Jakobs*, AT², 1/4 y ss.; 2/16, 2/25a, 25/15, 25/20.

especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis 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 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, precisamente, esos

elementos esenciales amenazados⁶⁷. 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 cualidad de persona es una atribución⁶⁸. Es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el *status* que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del *status* 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. Precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del *Derecho* penal con base en la prevención general positiva, la reacción que

⁶⁷ Respecto de las infracciones de terrorismo, señala, por ejemplo, *Asúa Batarrita* (en: *Echano Basaldúa* [coord.], EM Lidón [nota 57], 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, vid. *Cancio Meliá*, JpD 44 (2002), pp. 23 y ss., con referencias.

⁶⁸ Que 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.

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. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el "Derecho penal" del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. 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; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación -una forma exacerbada de reproche- da resonancia a sus hechos. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión. Esto también se manifiesta en las formulaciones técnicas de los tipos:

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

Finalmente, 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 autor⁶⁹. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias -mérito que corresponde a *Jakobs*⁷⁰-, 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 - algo más que los pensamientos son libres. Esto cristaliza en la necesidad estructural de un "hecho" como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor).

Si se examina, ante este trasfondo -por ejemplo, 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 terrorista⁷¹, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el

⁶⁹ Vid., por ejemplo, *Stratenwerth*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª edición, 2000, 2/25 y ss.; recientemente, con algo más de detalle, cfr. *Hirsch*, en: *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 65. Geburtstag*, 2002, pp. 253 y ss.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Cfr. respecto de diversos tipos individuales el análisis en *Cancio Meliá*, *JpD* 44 (2002), pp. 23 y ss.

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- se haya introducido la figura del "terrorista individual"⁷², 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".

⁷² Cfr. sólo *Cancio Meliá*, JpD 44 (2002), pp. 25 y s.