

Informe de Investigación

Título: CRITERIOS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Criminología
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Derecho Penal del Enemigo, Historia del Derecho
Fuentes: Doctrina	Fecha de elaboración: 01/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Doctrina	2
a)Concepto de Derecho Penal del Enemigo.....	2
Planteamiento.....	2
Carencias.....	3
b)Análisis de los antecedentes Ideológicos del Derecho Penal del Enemigo.....	4
c)Análisis del Enemigo según el criterio de Eugenio Zaffaroni.....	6
Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina.	7
El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política.....	8
El enemigo no merece el trato de persona.....	9
¿Cuál es la esencia del enemigo?.....	10

1 Resumen

En el presente informe de investigación se ofrece un acercamiento al tema del Derecho Penal del Enemigo, el cual se desarrolla a través de la doctrina extranjera, a lo largo del documento se desarrollan aspectos relacionados a su origen y concepto en general.

2 Doctrina

a) *Concepto de Derecho Penal del Enemigo.*

[GÜNTER]¹

"Según JAKOBS, 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 tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. De modo materialmente equivalente, en España SILVA SÁNCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal: 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". Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no —una cuestión que excede de estas breves consideraciones—, la imagen de las "dos velocidades" induce inmediatamente a pensar —como ya ha hecho el propio SILVA SÁNCHEZ— 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.

Precisiones

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.

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



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 regulación. En este sentido, seguramente es cierto (como ha afirmado SILVA SÁNCHEZ) 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 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 Código Penal de 199543, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000, y en el futuro mediante las reformas ahora en tramitación parlamentaria.

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 significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.

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 pseudo-religioso que en la acepción tradicional-militar del término. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como "otro", 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 agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización, y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? 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 enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus "complejidades" ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal."

b) Análisis de los antecedentes Ideológicos del Derecho Penal del Enemigo

[MUÑOZ CONDE]²

"JAKOBS argumenta a favor de su "Derecho penal del enemigo" con la siguiente frase:

"Los enemigos no son efectivamente personas" («Feinde sindaktuell Unpersonen», en el original alemán). Por tanto, no pueden ser tratados como tales.

Pero, ¿qué quiere decir con eso? ¿Cómo valorar esta afirmación? Si es una mera descripción de una realidad (que existe y de la que ya hemos dado algunos ejemplos) habrá que decir algo respecto a la misma, habrá que valorarla y habrá que sacar de ello unas conclusiones que, en la medida en que no se esté de acuerdo con ellas, deben ser objeto de un análisis crítico. Pero si se está de acuerdo con que en una sociedad puede haber dos clases diferentes de seres humanos las "personas" y las "no personas", y que cada una de ellas merecen un tratamiento jurídico diferente, habrá que asumir también coherentemente las consecuencias que de esta distinción se derivan.

En todo caso, este planteamiento no es nuevo. También en el pasado se han dado fundamentaciones doctrinales similares y se han defendido la existencia de "dos Derechos penales", sacando de ello determinadas consecuencias teóricas y prácticas.

En un trabajo reciente, el filósofo italiano GIORGIO AGAMBEN, comentando la tesis de CARL SCHMITT sobre la distinción "amigo-enemigo" y la concepción que éste tenía del "estado de excepción", como expresión del poder soberano, analiza el "campo de concentración" como paradigma biopolítico de lo moderno. Según AGAMBEN, una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple "vida nuda", pura cosa viva sin derecho, y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos. La distinción se llevaba a cabo además con un criterio biopolítico, determinado por la sangre y la herencia genética. Era este dato biológico lo que caracterizaba a la raza aria y con ella al alemán puro, frente al no alemán perteneciente a "razas inferiores".

La primera consecuencia de esta distinción fue ya en abril de 1933 la ley para la depuración de la función pública de elementos judíos, pero sobre todo las leyes de Nuremberg de 1935, por las que se privaba a los judíos alemanes de la nacionalidad alemana, se los rebajaba a la categoría de sujetos de segunda clase, se prohibían sus matrimonios con personas de raza aria y se penalizaba como delito de "ultraje a la raza" que tuvieran relaciones sexuales con tales personas. Pero además de este criterio biológico racista se utilizaron otros también de tipo biopolítico de carácter eugenésico como las medidas esterilizadoras para los portadores de enfermedades hereditarias con una ley de 1933, y se llegaron a adoptar incluso medidas eutanásicas para enfermos mentales

y terminales a través de unas órdenes secretas que dictó el propio Hitler a principios de los años '40. Todo ello fue acompañado, además, por leyes y medidas policiales para la erradicación de los asociales, marginados sociales, delincuentes habituales, alcohólicos, homosexuales, etcétera, que cuajaron en un proyecto de ley para el tratamiento de los que eufemísticamente se denominaron "extraños" y también "enemigos de la comunidad".

La culminación de esta biopolítica fue el "campo de concentración", al que se destinaban tanto los "impuros racialmente" —principalmente, judíos y gitanos, pero también eslavos, sobre todo, polacos, ucranianos y rusos—, como a los que por su "forma de vida" (mendicidad, vagabundaje, delincuencia habitual) habían perdido su dignidad como alemanes y no merecían ser tratados como tales. A esta exclusión jurídica le seguía una física de "exterminio" —o, como decía el famoso penalista MEZGER, Ausmerzung—, de los elementos dañinos al pueblo y a la raza", por la que directamente eran eliminados en los "campos de exterminio", como Auschwitz, o internados en los campos de concentración, como Dachau, para llevar a cabo trabajos forzados en unas condiciones inhumanas en las que muchos perecían («Vernichtung durch dieArbeit»), o eran utilizados como cobayos humanos en experimentos científicos.

La vida de los allí internados —"vida nuda"— según AGAMBEN, se caracterizaba desde el punto de vista jurídico como una exclusión, por su consideración como no persona, como no ciudadano, carente, por lo tanto, de unos mínimos derechos. Y el lugar destinado para ellos, el campo de exterminio o de concentración, como un lugar caracterizado por su falta de toda regla jurídica, por su carácter excepcional, pero permanente, como un "estado de excepción permanente" que era, para CARL SCHMITT, la máxima expresión del poder constituyente basado en la voluntad del Führer, única fuente de creación del Derecho y el poder soberano.

Esta distinción fue empleada también para fundamentar entonces la existencia de "dos Derechos penales". Así, por ejemplo, el famoso penalista alemán MEZGER, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista acerca de un proyecto de ley sobre el tratamiento de "Extraños a la Comunidad", decía lo siguiente:

"En el futuro habrá dos (o más) 'Derechospenales':

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y
- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el 'Derecho especial'(es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estaren el nuevo Orden; en él radica un 'nuevo comienzo')".

No parece que a MEZGER le desagradara esta separación entre dos clases de Derecho penal. Ni por el contenido de este texto (el proyecto de ley sobre "Extraños a la Comunidad" incluía, entre otras graves medidas, la entrega a la policía de los asociales y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración, y su esterilización "cuando pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo", o la castración de homosexuales, "si la seguridad pública así lo exige"), ni por la ideas vertidas en sus publicaciones y otras actuaciones de colaboración que llevó a cabo el famoso penalista con el régimen nazi entre 1933 y 1945, parece que le repugnara la idea de que hubiese un Derecho penal especial para "enemigos de la comunidad" (como también llamaba a una parte de esos "extraños"), con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho penal aplicable a la generalidad



de los ciudadanos normales.”

c) Análisis del Enemigo según el criterio de Eugenio Zaffaroni

[ZAFFARONI]³

“(a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos.

(b) Lo anterior no es únicamente una verificación de datos de hecho revelados por la historia y la sociología, sino también de datos de derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica)

pretendieron darle justificación científica (c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.

(d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir o, al menos, acotar el fenómeno, para que no desaparezca el estado de derecho.

Conforme a esta estrategia se ofrecen dos tácticas de acotamiento: (?) una estática, que propone aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos, que a nuestro juicio carece de capacidad para obtener el objetivo estratégico propuesto, y otra (?) dinámica, que es la que consideramos adecuada para alcanzar ese objetivo.

La hipótesis de base que tratamos de probar parte de la naturaleza política de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario

(penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra), habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría, política,

sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, remoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias -normales en todo estado de derecho real-, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica.

Justo es señalar que han contribuido a mantener estas remoras algunos teóricos de la política, de primerísima línea por cierto —nada menos que HOBBS y KANT—, que se han esforzado por compatibilizarlas con limitaciones liberales, con lo que contribuyeron en buena medida a desorientar también al penalismo, por lo cual el error no es sólo de éste, aunque en su campo sea donde ha tenido las peores consecuencias prácticas.

Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión.

Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación; de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se ordinarizan -convirtiéndose en la excepción perpetua- y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana.

Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor.

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la

negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco, etc.

El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política

No es posible desconocer que la actual situación del mundo constituye un factor determinante del escándalo que parece alcanzar la discusión en el campo penal y político criminal. En efecto: hasta ahora -y puede afirmarse que durante el último siglo y medio- se minimizaba con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política, pero esta situación cambió no sólo porque se expresa en palabras tan claras que hacen inevitable el contraste entre ambos ámbitos del conocimiento, sino también -y sobre todo— porque las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitizan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda völkisch vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasar la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias -con los consiguientes estados de excepción— en serie y a alta velocidad.

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del enemigo de la sociedad en el derecho penal es de carácter político, porque la cuestión que plantea es -y siempre fue- de esa naturaleza.

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su peligro o dañosidad y se busca una racionalización más elaborada¹⁶, no puede obviarse la invocación a HOBBS y, por ende, a la cuestión de la soberanía, materia que de modo incuestionable pertenece a la teoría política y, precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político.

Los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada del 11-S y del 11-M¹⁷ son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran crímenes de lesa humanidad¹⁸, pero que, a su vez, son respuestas a otra violencia y así podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, sin llegar a ninguna solución con vistas a una convivencia racional en el futuro.

No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener a priori que a toda violencia debe responderse con la no violencia, para verificar que nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia, salvo que se confunda la solución definitiva con la final (genocidio).



La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la negociación, que pertenece al campo de la política. Pero la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. Las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por CARL SCHMITT, o sea, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total. Cualquier persona que lea un periódico mientras desayuna -si no se limita a las noticias deportivas- se va enterando de los pasos que sigue el poder mundial hacia los genocidios, o sea, hacia el aniquilamiento total de quienes considera como sus enemigos.

Como resultado de esta sensación de minimización de la política y de la negociación, se van delineando dos frentes en el mundo del pensamiento que, naturalmente, impactan en lo político: el de los Derechos Humanos y la negociación por un lado y, por otro, el de la solución violenta que arrasa con los Derechos Humanos y, más tarde o más temprano, acaba en el genocidio. La conciencia de esta disyuntiva es mayor donde las experiencias de terrorismo de estado permanecen en la memoria colectiva, como en Europa y América Latina, pero no así en los Estados Unidos, donde existieron otros abusos represivos, pero su población no padeció en su territorio la guerra ni el terrorismo de estado.

El enemigo no merece el trato de persona

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin decirlo, y con ello los dejó de considerar personas, lo que ocultó con racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La privación de libertad –o la deportación- de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico; se trata de una suerte de enjaulamiento de un ente peligroso. Es claro que ese no es ni puede ser el tratamiento que se depara a alguien a quien se le reconoce su autonomía moral en razón de que haciendo uso de ésta

cometió una infracción que lesionó derechos ajenos, sino el que se destina a un animal o a una cosa peligrosa.

Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la máscara cree encontrar a su enemigo, le arrebató la máscara y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos). Por supuesto que lo puede privar de su ciudadanía, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo. El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación.

No es posible pretender que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de persona, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes, que sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa.

Aclarado que el trato de pura contención o impedimento físico no es el que se depara a alguien en quien se reconoce la condición de persona, intuitivamente –por ahora- pareciera que en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona fuera de las hipótesis de inevitable y muy transitoria coerción directa administrativa.

Sin perjuicio de volver al tema para demostrar que esa incompatibilidad no es sólo intuitiva, tampoco puede pasarse por alto que el trato a un ser humano como cosa peligrosa que amenaza la seguridad o certeza acerca del futuro, no se limita a despersonalizar sólo al así tratado, sino que, reparando más detenidamente en esta cuestión, es conveniente advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien, y más aun su absolutización, acabarían en la despersonalización de toda la sociedad.

En efecto: no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la seguridad de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio estado. Debemos poner el máximo de atención para no olvidarnos de consignar algún ingreso, para no lesionar al fisco ni comprar un cheque en dólares sin declararlo para no favorecer el tráfico de cocaína, menos aún para no tener plantas eventualmente alucinógenas en el jardín o comprar libros por la calle que pueden vender terroristas.

Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el estado nos hace cada día más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar. Pero al igual que en intervenciones quirúrgicas complejas o en el armado de ingenios industriales, la mayor precisión la alcanzan los robots, dado que no se distraen ni se olvidan. Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada. Por supuesto, esta distopía por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura –como se sabe- no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo.

¿Cuál es la esencia del enemigo?



La negación jurídica de la condición de persona al enemigo es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como enemigo, pero nada nos dice acerca de la individualización misma.

Cuando se indaga acerca de esta esencia, resulta innegable que, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y lo ha tratado más descarnadamente –o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el problema-, el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano.

Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial .

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el inimicus y el hostis , donde el inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el hostis, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba fuera de la comunidad.

La palabra hostis proviene de la raíz sánscrita ghas-, que alude a comer, lo que explica su origen común con hostería. Hostire también significa matar y hostia tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (die Friedlosigkeit), justamente por dejar al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del hostis tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del hostis alienigena –al que en escasa pero alguna medida protegía el jus gentium- y (b) la del hostis judicatus, o sea, el declarado hostis en función de la auctoritas del senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo hostis, enemigo público.

El extranjero (hostis alienigena) es el núcleo troncal que abarcará a todos los molestos al poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros, que como extraños resultan desconocidos y, como todo lo desconocido, inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende, porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el hostis. Para los romanos todos los extranjeros eran barbari, palabra tomada del griego, barbaros, que indicaba al no griego de lengua incomprensible, que proviene de la raíz sánscrita baba-, cercana a balbuceo, parloteo.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al hostis extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero vencido, al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada.



El enemigo declarado (*hostis judicatus*) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano.

El *hostis*, enemigo o extraño no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídica penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.

Es un elemento conceptual contradictorio dentro del estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción, aunque su incoherencia apenas se haya puesto de manifiesto en los años treinta del siglo pasado, por obra de la pluma de Schmitt, el más destacado teórico político del nazismo. Su lamentable filiación política hizo que su observación no mereciera suficiente atención en las décadas posteriores y menos aún por parte de los penalistas.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma, dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante, sino que precisamente para eliminar esa presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia: nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del *hostis* en el derecho penal, si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior. El pensamiento moderno nos ofrece los elementos para proceder a esa verificación, pero cometeríamos un grave error si, dejándolos de lado, nos apoyásemos sólo en su componente contradictorio para presentarlo como posmoderno o superador de la modernidad, cuando en realidad no se trata más que de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad.

Contra lo anterior se argumentará que al *hostis* de nuestros días se lo somete a contención como individuo peligroso sólo en la estricta medida de la necesidad, o sea, que sólo se priva al enemigo de lo estrictamente necesario para neutralizar su peligro, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que esto no sería más que una simple limitación al principio del estado de derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Lo que esta respuesta desconoce es que para los teóricos –y sobre todo para los prácticos- de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites. La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque los establece el mismo que ejerce el poder. Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro –ni siquiera nosotros mismos-, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el grado de peligrosidad del enemigo –y, por ende, de la necesidad de contención- dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.

El concepto mismo de enemigo introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho, como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención



pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que la peligrosidad y dañosidad (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del individualizador del enemigo, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una Not que no conoce Gebot.

De toda forma y en conclusión, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de enemigo en el derecho penal (o en el derecho en general) del estado de derecho, considerando tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 GÜNTERJakobs. Derecho Penal del enemigo. 1° edic. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2007. pp 90-96.
- 2 MUÑOZ CONDE, Franciso. De nuevo sobre el "Derecho Penal del Enemigo. 2° edic. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi, 2008. pp 69-74.
- 3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal 1° edic. Bogotá, Colombia. Editorial Ibañez. 2006. pp 19-38.