

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE VALPARAÍSO
Facultad de Derecho

DELITO, PENA Y PROCESO

LIBRO HOMENAJE A LA MEMORIA
DEL PROFESOR TITO SOLARI PERALTA

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
(Coordinador académico)



www.editorialjuridica.cl



PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA
DE VALPARAISO

DERECHO PENAL EXCEPCIONAL Y DELINCUENCIA COTIDIANA. REFLEXIONES SOBRE LA EXTENSIÓN Y ALCANCES DE LOS *NUEVOS* MODELOS DE LEGISLACIÓN PENAL*

Francisco Maldonado Fuentes **

1. EXPANSIÓN E INTENSIFICACIÓN DEL RECURSO PENAL. DEL RIESGO TECNOLÓGICO Y GLOBAL A LOS RIESGOS (E INSEGURIDAD) DE LA LLAMADA *DELINCUENCIA COMÚN*

Suele caracterizarse la sociedad contemporánea sobre la base de parámetros referidos a la tecnologización y a la globalización, factores que inciden de manera determinante en la forma que hoy asume la interacción individual prácticamente en todos los lugares del mundo. Estos caracteres posibilitan un aumento en las potencialidades humanas de producción y control de riesgos, fruto de lo cual se ha consolidado paulatinamente, y a partir de las aportaciones y la denominación masificada por el sociólogo alemán Ulrich Beck,¹ el conceptualizarla como una *sociedad del riesgo*.² Los caracteres de este

* El presente documento ha sido elaborado en homenaje al profesor Solari, tomando como base una selección de extractos del texto *Discursos de emergencia y necesidad de la intervención penal. Reflexiones en torno al modelo de legislación penal que en la actualidad se propone en base a argumentos de excepcionalidad*, que fuera presentado como trabajo de habilitación para obtener la suficiencia investigadora en el programa de Doctorado *Problemas fundamentales del derecho penal y la criminología*, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. El autor agradece el apoyo brindado para su realización por parte de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

** Abogado. Becario de investigación en desarrollo de tesis doctoral en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Ex Jefe División Jurídica del Ministerio de Justicia de Chile (2000-2006).

¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona, 1998, Edit. Paidós), pássim; del mismo, *La sociedad del riesgo global* (Madrid, 2002, Edit. Siglo XXI), pássim.

² Además de esta característica se consideran como elementos definitorios adicionales el que la sociedad contemporánea corresponda a una sociedad *tecnológica, del conocimiento o de la información*, aspectos que efectivamente constituyen prismas o expresiones propias del modelo actual de relaciones sociales adicionales a los ya expresados.



modelo de interacción y desarrollo han generado, como es natural, necesidades de adaptación y redefinición de la organización social, afectando a las herramientas e instituciones sociales dispuestas para dicho fin, incluyendo las de control.³

En dicho proceso de adaptación destaca un constante requerimiento por mayor regulación dirigido a normar los que aparecen como nuevos ámbitos o realidades sociales, dinámica que alcanza a la normativa que regula el uso de facultades coactivas y fundamentalmente a aquellas que revisen carácter penal (en tanto expresión máxima del control), generando en este ámbito una incidencia que se conoce de manera más o menos generalizada como *expansión del derecho penal*.⁴ Este movimiento expansivo pareciera además—y según veremos, preferentemente—encontrar sustento en una indiscutible, latente y generalizada sensación de inseguridad o de exposición a riesgos que experimentan los ciudadanos cotidianamente, lo que pasa a constituir un elemento definitorio o estructural en las dinámicas de relación contemporáneas.

Al resultado de este proceso de reconfiguración del modelo de legislación penal se lo identificó de manera uniforme hasta hace algunos años con el concepto de *moderno derecho penal*,⁵ denominación que buscaba separarlo del derecho penal nuclear tradicional,

³ Con ello, el advenimiento del siglo XXI se presenta en términos similares a las décadas que precedieron y sucedieron a la *revolución industrial* caracterizadas en su momento por una alta necesidad de normas e instituciones sociales que, en ese entonces, asumieron preferentemente carácter asistencial. De ahí que también se la denomine como sociedad postindustrial. Ver, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed., Madrid, 2001, Civitas), insinuando un paralelismo o comparación que da cuenta tanto de espacios comunes como de diferencias. Existen, sin embargo, planteamientos que afirman la carencia de elementos distintivos entre la sociedad industrial y la época actual (postindustrial), entendiendo que en ambos momentos concurren riesgos similares. Incluso KUHLEN realiza esta afirmación al entender que la vida actual es, en lo esencial, más segura que cualquier época precedente (citado en MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo* (Madrid, 2001, Civitas), pp. 37 y 38. En el mismo sentido, SCHENEMANN, "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 198. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 42 y ss., asume que existe una diferencia estructural en la caracterización del individuo en una y otra época, mutando desde una posición de *empresedor* hacia un demandante o sujeto pasivo.

⁴ Pareciera que la masificación del concepto y su acierto pueden atribuirse en la lengua hispana a la obra de SILVA SÁNCHEZ citada en la nota precedente.

⁵ Sobre ello, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Valencia, 2003, Tirant lo Blanch), p. 41, nota 23.

plasmado preferentemente en la codificación decimonónica.⁶ Este *moderno derecho penal* acaparó, asimismo, la ocupación preferente de los juristas especializados, desarrollándose un fuerte proceso de debate frente a sus caracteres expansivos.⁷ Así, un primer sector se manifestó abiertamente crítico, proponiendo mantener las bases del sistema penal liberal como único modelo de legitimación, posición atribuida a la llamada *escuela de Frankfurt*, liderada por Winfried Hassemer,⁸ manifestándose, en consecuencia, contrarios a toda configuración de la herramienta penal que no dé cuenta del cumplimiento o satisfacción de sus presupuestos, expresados tradicionalmente en los denominados *principios limitativos del dere-*

⁶ De esta forma se suele describir como *moderno derecho penal* a aquel modelo de control penal, con características propias y reconocidas, que deriva de las nuevas realidades y modalidades de relación que propone la sociedad contemporánea. Dicha denominación expresa un ejercicio de contraste con el modelo característico precedente construido básicamente sobre las ideas del pensamiento liberal ilustrado que, de esta forma, y por lo mismo, pasa a denominarse *clásico*. Ver HASSEMER, W., "Viejo y nuevo derecho penal" en, del mismo, *Persona, mundo y responsabilidad* (trad. Muñoz Conde, Díaz Pita, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch), pp. 42 y ss. Sobre ello cabe tener presente que los caracteres de dicho modelo *clásico* de derecho penal fueron a su tiempo objeto de la misma denominación, asimilándose o designándose a la modernidad—como época—en contraste con los caracteres del sistema de control que proponía el *antiguo régimen* (monárquico) que lo precedió. Asimismo, es posible apreciar como también se propuso la misma caracterización a su respecto (como modelo *clásico*) en base a los contrastes y perspectivas que plantearon las corrientes positivistas hacia fines del siglo XIX. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al derecho penal*, Santiago, 1989, Edit. Ediar-Conosur, pp. 113 y ss. y especialmente p. 131. Por ello no deja de tener razón GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, cit. (n. 5), pp. 43-44—citando a Ignacio Soeiro—, al señalar que tras el concepto de *lo moderno* se busca solamente reflejar un punto de quiebre entre dos épocas, señalando que "el adjectivo moderno surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy", lo que supone "subrayar que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior". Ello permite evidenciar el estado de quiebre o crisis que en la actualidad se diagnostica respecto de los postulados básicos o *clásicos* del derecho penal liberal, al asentarse ya como concepto consagrado la calificación de *moderno derecho penal* respecto a aquel sistema penal que se constituye en base a los caracteres que analizaremos en el presente título, asumiéndolo como sustancialmente diverso del que es posible caracterizar en etapas precedentes.

⁷ Para un buen resumen, ver GÓMEZ MARTÍN, V., "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo", en MIR PUIG, S.; CORCOY BUDASSOLO, M. (dir.), *La política criminal en Europa* (Barcelona, 2004, Atelier), pp. 59 y ss. Asimismo, MENDOZA BUERGO, *El derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 62-64 y 93.

⁸ Ver SILVA SÁNCHEZ, "Prologo a la edición española", en, VV.AA., *La insostenible situación del derecho penal* (Granada, 2000, Comares), pássim. En relación con la literatura española, Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *RECPC*, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, p. 9, nota 12.

cho penal.⁹⁻¹⁰ En el otro extremo, algunas corrientes han tendido a justificar este movimiento expansivo con base en los caracteres propios de la sociedad contemporánea, asumiendo la necesidad de adaptar los criterios tradicionales del liberalismo clásico a dichas exigencias.¹¹ Desde este punto de vista, se sostiene la compatibili-

⁹ Sobre principios, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general* (6ª ed., Barcelona, 2002, Reppertor), pp. 107 y ss.

¹⁰ Cabe comentar que, a nuestro juicio, el ejercicio que proponen estas nuevas realidades del modelo se extiende mucho más allá del hecho de detectar cuáles de los principios clásicos de legitimación del *ius puniendi* se ven afectados o se vulneran y en qué forma, pues ello simplifica con mucho los caracteres de su formulación. De hecho, resulta interesante apreciar cómo muchas de las fórmulas utilizadas en este nuevo modelo no constituyen más que precisiones terminológicas de institutos preexistentes, aceptados o criticados a veces en forma liviana por su menor relevancia, presencia e incidencia histórica concreta. Pareciera entonces que se trata más bien de un problema referido a las dimensiones que asumen dichos institutos o técnicas o a la masificación en su uso, evidenciando con su creciente existencia real un fuerte contraste entre la política legislativa y el desarrollo dogmático y político criminal de los juristas. Por lo demás hay que tener presente que la defensa de dichos principios y la consecuente ilegitimidad que pudiera afirmarse a partir de ellos respecto de alguna decisión legislativa, necesariamente debería contar con una vía de impugnación clara, que permita afirmar que constituyen algo más que meras aportaciones referenciales, doctrinales o de principio, lo que exige niveles concretos de reconocimiento constitucional y jurisprudencial. En caso contrario no constituirían más que aspiraciones indicativas de lo deseable, distantes con mucho de la realidad del sistema penal, de la dogmática del derecho penal que asume dichos caracteres como objeto de estudio y de la política criminal que los promueve, no siendo para nadie una sorpresa el que las orientaciones actuales se inclinan abiertamente en una dirección del todo opuesta al reconocimiento y respecto de principios de legitimidad de carácter limitativo. De hecho, se reprocha críticamente a los promotores de su defensa el perseguir una aspiración definida en términos ideales, constituida de un referente que sirvió de motor e ideario casi romántico que no resulta posible alcanzar en términos absolutos. Ver ZAFARONI, E., *Derecho penal. Parte general* (2ª ed., Buenos Aires, 2002, Ediar), p. 111. Por ello se señala que dichos principios reflejan más bien un destino al cual remitirse y no una base alcanzada o lograda. Sobre ello, con relación a la defensa desarrollada por la llamada escuela de Frankfurt, SCHÜNEMANN, B., "Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta, ¿un cambio de paradigma como exigencia moral?", en, del mismo, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio* (Madrid, 2002, Tecnos), p. 53. De ahí que lo relevante pareciera ser abrir la discusión al planteamiento de la razonabilidad o exigibilidad de dichos principios en el ámbito de las definiciones político-criminales, a partir de sus aciertos y desaciertos históricos. Si ello pasa por una redefinición de sus contenidos, siempre en el contexto y marco de los objetivos antes señalados no nos parece por sí objetable y es por ello que consideramos insuficiente cualquier análisis que se limite a un ejercicio de contraste entre las nuevas realidades propias del llamado *moderno derecho penal* y la base literaria que subsyace a la formulación tradicional y original de los ya citados principios.

¹¹ Para un listado de adherentes en la literatura española, Díez RIPOLLÉS, J. L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate descenfocado", en

dad de las exigencias de legitimidad del sistema con aquellas que demanda la sociedad actual, si bien recurriendo en cierta medida

RECPC, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, p. 8, nota 11. Cabe destacar que esta última postura también ha sido defendida en base a entender que los caracteres del sistema actual vienen a constituir una especie de equiparación social de las condiciones de aplicación históricas del sistema penal liberal, cuya construcción clásica se orienta a comportamientos definidos como intolerables desde las ópticas de la burguesía ilustrada liberal, destinada a las clases bajas o más desposeídas. Desde esta perspectiva, la defensa de los caracteres del *moderno derecho penal* busca superar el estado de cosas generado por el sistema clásico, asumiendo que este se encuentra orientado a la lucha contra situaciones individuales y marginales propias del contexto de actuación de las clases desfavorecidas. BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal* (trad. Alvaro Bunster, México, 1993, Edit. Siglo XXI), pp. 169 y ss. Por ello se asume que las nuevas formas de criminalidad no hacen más que poner al día al sistema respecto de los actos de los *poterosos*, que ahora pasarían a ser penalizados, asumiendo que los caracteres de este *moderno derecho penal* permitirían subsistir las conductas intolerables propias de las clases medias y altas, arribando a niveles de mayor justicia o igualdad. Sobre ello, SCHÜNEMANN, "¿Del derecho penal...?", cit. (n. 10), pássim; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 2002, Bosch), pp. 68 y 72; FARRALDO CABANA, P., "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en FARRALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (Valencia, 2004, Tirant lo Blanch), pp. 306 y 313; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos...*, cit. (n. 5), pp. 69, 161-164 y, especialmente, p. 166. De ahí que incluso se critiquen propuestas como las *dos velocidades* de SILVA SÁNCHEZ o el *derecho de intervención* de HASSENER, en tanto se estima que no harían más que garantizar la exclusiva aplicación de penas pecuniarias para los delitos de los poderosos. Díez RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 6, 7, 24, 25 y 29; del mismo, "El nuevo modelo...", cit. (n. 8), p. 7; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 163 y ss. No podemos dejar de comentar respecto de estos planteamientos que, en general, la aplicación de las tipologías supuestamente tributarias de estas concepciones muchas veces redundan en la sanción de actos aislados o poco relevantes en lugar de llegar efectivamente a los *poterosos*, legitimando de paso modalidades de legislación penal que intensifican y amplifican el control y una política criminal coherente que resulta preferentemente aplicable a los tradicionales ilícitos propios de la *clase baja*. Así, no solo no se obtiene el efecto de *igualdad material* esperado, sino que, por el contrario, pareciera más bien haberse profundizado la *desigualdad*. En este sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ. La expansión..., cit. (n. 3), p. 57: "En efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (*class crime*), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo. Así, la apuesta que parece decidida por una expansión del derecho penal que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma puede incurrir, además, en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los *poterosos* en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas."

a una redefinición del contenido y perspectivas de los tradicionales principios limitativos del derecho a sancionar.¹² Este estado de cosas y la falta de consensos generados en torno a cómo asumir estos nuevos desafíos —evidenciado en lo extremo de las propuestas mencionadas— lleva a que se asuma que el derecho penal actual se encuentra en una etapa crítica,¹³ calificada incluso como insostenible.¹⁴

Ahora bien, una revisión de las características concretas del modelo de intervención penal que se propone en forma preferente en las últimas décadas da cuenta de cómo las principales cuestiones referidas a esta llamada *crisis del derecho penal*, motivadas por el proceso de expansión o intensificación —según se prefiera— se desarrolla en diversos ámbitos y niveles, excediendo con mucho las perspectivas que concede el *moderno derecho penal* al que nos hemos referido. Así, es fácil constatar cómo las *modernas* propuestas de intervención penal se extienden no sólo a aquellos ámbitos que dicen relación con necesidades de tutela de las nuevas realidades sociales (en tanto espacios de desarrollo humano con características de interacción previamente desconocidas), sino también a aquellos que dicen relación con necesidades de intervención derivadas de la existencia de amenazas consideradas *globales*, relevadas en base al alto impacto de desestabilización o destrucción que pueden producir. A ellas se agregan aquellas propuestas que incluso en mayor número buscan abordar necesidades de intervención en espacios de interacción social del todo cotidianos, sometidos ya en forma tradicional a regulación penal y que resultan relevados en la actualidad por la alta preocupación pública que generan y por la habitualidad o violencia que los caracteriza, constitutivos de la denominada *delincuencia común*.

Complementariamente se puede apreciar cómo el tratamiento y análisis se extiende no sólo a los presupuestos de atribución penal referidos a las reglas de imputación, a la desformalización de las definiciones, al rol e importancia del riesgo o peligro como fundamento de intervención, a la caracterización cada vez más usual de los elementos típicos con base en formulaciones difusas o fundadas básicamente en elementos normativos, sino que, adicionalmente, aborda aspectos

¹² GÓMEZ MARTÍN, "Libertad, seguridad...", cit. (n. 7), pp. 68-69.

¹³ La presencia de una relación de permanente tensión o crisis que afecta a la legitimidad y al método (con respecto a la dogmática y a la llamada ciencia del derecho penal) del sistema penal pareciera ser más bien una característica de éste. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit. (n. 11), pp. 13 y ss. Lo que sucede en la actualidad es que las problemáticas que proponen las discusiones suscitadas en dichos ámbitos se intensifican y multiplican.

¹⁴ Ver VV.AA., *La insostenible situación del derecho penal* (Granada, 2000, Comares), pássim. Sobre ambos conceptos, ver SILVA SÁNCHEZ, "Prólogo a la edición española", cit. (n. 8), p. 11.

referidos a la orientación o finalidad de las consecuencias penales, su eficacia,¹⁵ las técnicas de prevención del delito y las reglas aplicables a su investigación o acreditación procesal.¹⁶ De esta forma, el carácter expansivo del nuevo modelo no sólo pareciera limitarse a nuevos ámbitos de desarrollo humano sujetos al control penal (ampliación de las conductas típicamente relevantes) y a una disminución en las exigencias y presupuestos que se estima son suficientes para habilitar a su uso legítimo por parte de los Estados. Adicionalmente, propone la aplicación de estos mismos efectos respecto de ilícitos penales del todo tradicionales, tanto a través de la relajación de las exigencias de imputación¹⁷ como también a través de la consagración de facultades administrativas o policiales, y recurriendo de manera adicional a un aumento en la intensidad con que se utiliza la pena para hacerles frente.¹⁸ En ese sentido pueden ser también leídas las afirmaciones de Pritwitz, quien, expresando la multiplicidad de dimensiones que detenta este fenómeno, señala que "el término expansión, aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional".¹⁹

A partir de estos mecanismos se genera un incremento en las posibilidades que detenta el Estado de recurrir a instrumentos restrictivos de derechos, disminuyendo los márgenes de libertad individual en función de la satisfacción de expectativas de mayor control, fundándose para ello, al menos en forma declarada, en la necesidad de dar cuenta de caracteres que son propios de las realidades que genera la posmodernidad. De hecho, pareciera que el desarrollo político actual del legislador penal manifiesta en los hechos una especial preocupación por el tratamiento de la ilicitud violenta, común o habitual, generando incidencias concretas probablemente mucho más relevantes o críticas—en el sentido antes señalado—para el jurista, que aquellas que se proponen respecto de las *nuevas realidades*, no obstante referirse a ámbitos que en modo alguno pueden ser considerados como característicos de la sociedad *moderna* o contemporánea.²⁰ Algo relativamente similar sucede con el tratamiento

¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo...", cit. (n. 8), p. 31.

¹⁶ MENDOZA BUERCO, *El derecho penal*, cit. (n. 3), p. 95.

¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas", en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* (Bogotá, 2003, Edit. Legis), N° 4, p. 129.

¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo", cit. (n. 11), p. 3.

¹⁹ PRITWITZ, C., "Sociedad del riesgo y derecho penal...", en ARROW, NEUMANN; NIEFO (coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Quenca, 2003, Colección Estudios N° 91, Universidad Católica-La Mancha), p. 262.

²⁰ Para buena parte de la doctrina, los caracteres de estos ámbitos sí constituyen efectos de modalidades de relación propias de la sociedad contemporánea. En este



penal que actualmente se concede a conductas que de igual forma han sido desde siempre relevantes para el legislador penal,²¹ pero cuyos caracteres actuales permiten asumir que representan riesgos de afectación sistémica, global o estructural (referidos al terrorismo, tráfico de drogas, interacción macroeconómica, etc.), constituyendo expresiones que buscan proteger a una sociedad *en riesgo* desde discursos de *emergencia* o *excepcionalidad*.²²

Lo palpable de esta realidad (patentada bajo *slógans* referidos a la *seguridad ciudadana*, *seguridad global* o *lucha contra el terrorismo* o *las drogas*) hace que, en cierta medida, resulte extraña la modesta atención brindada hasta hace poco por los juristas a su respecto, sobre todo considerando la gran atención que se concedió a las muestras del llamado *moderno derecho penal* propio de las nuevas realidades que concede la tecnologización y globalización de las relaciones en la sociedad contemporánea. A ello se suma el que los dos últimos ámbitos mencionados son, precisamente, aquellos que han recibido comparativamente el mayor nivel de ocupación en las políticas legislativas impulsadas e implementadas en concreto a nivel global. Sólo recientemente ha cobrado mayor relevancia y presencia

sentido parecieran pronunciarse CANCIO MELLÁ, "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito", en JAKOBS: CANCIO MELLÁ, *Conferencias sobre temas penales* (Buenos Aires, 2000, Edit. Rubinzal Culzoni), en JAKOBS: CANCIO MELLÁ, *El derecho penal del enemigo* (Madrid, 2003, Civitas), pp. 62 y ss.; SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 31, 58 y ss. e, igualmente, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en ARROYO, NEUMANN; NIETO (coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, 2003, Colección Estudios No 91, Universidad Castilla, La Mancha), p. 290, constituyendo lo que DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 10 y ss., denomina *la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*. Este último autor expone dicho concepto con el fin de objetar las equiparaciones conceptuales que sobre esa base se proponen, como, por ejemplo, el asumir que la inseguridad frente a los nuevos riesgos de la *modernidad* resulta del todo equiparable a la *inseguridad callejera*.

²¹ DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 15.

²² DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 9, 15 y ss. Para PAREDES CASTAÑÓN, "Sobre el concepto de derecho penal...", cit. (n. 17), pp. 113 a 115, 118 y, en especial, 119, estas realidades ameritan un tratamiento diverso del que es propio al moderno derecho penal en tanto asume constituyen realidades diversas que a su vez cuentan con fundamentos propios. Señala expresamente: "Creo también que es necesario distinguir entre los fenómenos—mal denominados—del derecho penal del riesgo [...] y aquellos otros de lo que se ha dado en llamar 'derecho penal del enemigo' pues [...] parece evidente que sus causas son diferentes [...] nada tiene que ver, por ejemplo, la discusión acerca del tratamiento penal del terrorismo [...] con la que tiene por objeto el derecho penal medioambiental, esta sí referida al llamado derecho penal del riesgo".

el tratamiento del conjunto de aspectos problemáticos (dogmáticos y político-criminales) que propone la regulación penal propia de las realidades de emergencia o de la sociedad *en riesgo*, básicamente a propósito del modelo de *derecho penal del enemigo* expuesto por Jakobs.²³⁻²⁴ Asimismo, recién a partir de las similitudes evidenciadas entre este último modelo y el tratamiento que se concede a la ilicitud violenta o patrimonial de carácter habitual o común, pareciera haberle tocado el turno a este último ámbito,²⁵ no obstante acaparar comparativamente, desde hace algún tiempo y por mucho, las mayores muestras concretas de intensificación del sistema.

Si se observa, además, son estos dos últimos ámbitos los que concentran el mayor número de iniciativas de prevención del delito alternativas al derecho penal en materias referidas a medidas de control administrativo y policial, en el proceso penal (en este último caso, principalmente favoreciendo la eficacia de la persecución y acreditación procesal) como también en el ámbito de la ejecución de sanciones penales y medidas de control posdelictivas. Además, dichas reformas o modificaciones legales, incluyendo esta vez a las que operan sobre el derecho penal sustantivo, representan y reflejan los mayores niveles de intervención real en la vida de los ciudadanos, deteniendo mayores efectos coactivos directos o prácticos, aplicados además, en definitiva y materialmente, a un mayor número de personas.²⁶

²³ Ver JAKOBS, "La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente", en ESER; HASSEMER; BURKHART, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. Muñoz Conde, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch), pássim; JAKOBS en JAKOBS; CANCIO MELLÁ, *El derecho penal del enemigo*, cit. (n. 20), pássim.

²⁴ Ver, por todos, PRITTWITZ, C., "Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del derecho penal?", en MIR PUIG; CORKOV; BIDASOLO (dir.), *La política criminal en Europa* (Barcelona, 2004, Edit. Atelier), pp. 107 a 119; DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 23 y ss.; FARALDO CABANA, "Un derecho penal del enemigo", cit. (n. 11), pássim; GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo", en *RECPC* 07-02, pp. 11 y ss. (<http://criminol.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>); JAKOBS; CANCIO MELLÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pássim; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "El nuevo derecho penal autoritario", en LOZANO, MARIO; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (coord.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo* (Valencia, 2004, Edit. Tirant lo Blanch), pp. 161 y ss.; del mismo, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, 2005, Hammurabi), pássim; SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 163 y ss.

²⁵ Entre otros, DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo", cit. (n. 11), pássim; GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas", cit. (n. 24), pássim; MUÑOZ CONDE, "Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas*, No 2, 2005 (<http://www.pgi.mia.gov.br/ampem/ampem1.asp>).

²⁶ Cabe constatar cómo la mayor *expansión* (entendida como *intensificación* o aumento del control penal, en todo sentido) la experimentan ilícitos de común y

En tal sentido pareciera que el desarrollo de las problemáticas que proponen los nuevos ámbitos de la sociedad del riesgo ha operado a favor de la legitimación de técnicas de legislación penal y fundamentos de intervención cuya orientación se ha replicado, multiplicado e intensificado en otras esferas que son objeto de tratamiento coactivo, consolidando un modelo de control que, bajo la idea de la seguridad individual y ciudadana, termina siendo aplicado a ámbitos cotidianos de tradicional e histórica ocupación de los sistemas penales.²⁷ Para confirmarlo, baste observar la escasa relevancia práctica de la tipología correspondiente al llamado *moderno derecho penal* frente a la aplicación concreta de la regulación referida a la criminalidad callejera y violenta, a lo que debe sumarse la relevancia que en estos últimos ámbitos han cobrado los mecanismos de prevención de delitos que operan fuera del sistema penal.²⁸ La alta incidencia coactiva de las modernas propuestas de intervención *preventiva* que a través de ellos se introduce en base a la acción de los órganos encargados del control y la seguridad pública, y la extendida desazón pública manifestada en torno a la eficacia o efectividad del sistema penal formal como medio disuasivo, preventivo o de control de la criminalidad común o tradicional.²⁹ Con ello, a la ya objetable

tradicional tramitación, tanto por el impacto cualitativo de las modificaciones introducidas a su respecto como por su representación cuantitativa y porcentual dentro del total de los ilícitos que llegan a conocimiento del sistema. Díez Ripollés, "El nuevo modelo...", cit. (n. 8), p. 6; WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria* (Madrid, 2000). Edit. Alianza, pp. 79 y ss. Ello puede apreciarse en cualquier análisis estadístico del ingreso de causas al sistema de enjuiciamiento, de las condenas dictadas o de la población carcelaria (con relación a ello, consultar sobre el caso chileno el Anuario de estadísticas criminales que elabora la Fundación Paz Ciudadana, en conjunto con la Corporación Administrativa del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Estadísticas en <http://www.pazciudadana.cl/estadisticas.php>; por su parte, con relación al caso español pueden consultarse las bases de datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadísticas, INE, elaboradas en forma conjunta con el Consejo General del Poder Judicial, en <http://www.ine.es/inbase/cgi/uni?M=%2F18%2Fp420&O=inebase&N=81>. A ello se suma el que los niveles de control preventivo cotidiano muestran escasa aplicación respecto de delitos de *nueva generación* o propios del *moderno derecho penal* de la *sociedad del riesgo*, aplicándose masiva y preferentemente en función de la prevención de la comisión de figuras típicas tradicionales.

²⁷ Díez Ripollés, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 9, 14 y 15; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 22, 23, 57 y 58.

²⁸ Díez Ripollés, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 12 y 14.

²⁹ Dicha desazón, en todo caso, dice relación, precisamente, con la potencial ocurrencia de ilícitos tradicionales. Para confirmarlo es suficiente revisar cualquier encuesta referida a los índices de alarma o preocupación pública frente al delito para apreciar cómo *brilla por su ausencia* cualquier tipo de referencia a delitos *modernos*.

huida hacia el derecho penal que desconoce la necesaria subsidiariedad que debe caracterizar a este recurso, se suma una verdadera *huida del derecho penal* a favor de otras herramientas e institutos de control complementarios.³⁰ Sobre esta base se altera, en definitiva, la orientación y naturaleza del sistema, mutando desde la sanción al control, en base a lo cual se asume que éste debe operar en *mayor medida* en función de sustentos tributarios de la idea de *peligrosidad personal* y *defensa social*.

En este contexto destacan, entre otros, como elementos comunes a todas las realidades y propuestas de esta *expansión* los siguientes: primero, que en todos los casos se recurre a una relajación en las exigencias de imputación, ya sea desformalizando el recurso coactivo o anticipando la punición. Segundo, el que consecuentemente en todas también se atribuye un rol o papel determinante a la idea de (in)seguridad, lo que ha motivado un paulatino cambio en la concepción preventiva atribuida al sistema: se asume la necesidad de recurrir a mayores y mejores medidas proactivas dirigidas a enfrentar y neutralizar la presencia de riesgos, buscando con ello evitar el daño, tanto desde el sistema penal como fuera de éste. En tercer lugar, como consecuencia de ambos caracteres y a su vez como presupuesto o fundamento, se plantea de manera uniforme una redefinición de las bases de legitimidad a partir de motivos diversos en cada caso, todos los cuales se extraen desde argumentos fundados en la idea de que una nueva forma de intervención penal resulta a partir de ellos indispensable o *necesaria* en consideración a los caracteres y posibilidades del sistema penal tradicional, debilitando otro tipo de consideraciones de legitimidad (como las fundadas en criterios de merecimiento de pena).

Dichos caracteres se extreman en sus presupuestos y consecuencias en aquellos casos en que se recurre —y de manera cada vez más clara y habitual— a discursos excepcionales o de *emergencia* para justificar las nuevas modalidades de legislación penal, lo que pareciera incluso quedar en evidencia en las propias denominaciones con las que habitualmente se los suele identificar (la *tercera relectura del derecho penal* de Silva Sánchez³¹ y el *derecho penal del enemigo*

³⁰ A este respecto vale la pena recordar la tradicional y conocida cita de Radbruch que demanda *algo mejor que el derecho penal* en lugar de un *mejor derecho penal*. ZAFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), p. 245. Ello puede ser no sólo una aspiración de superar el limitado marco de efectos y los elevados costos personales y sociales que supone el uso del sistema penal que conocemos, sino también el que la alternativa de reemplazo deba ser mejor que aquel.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 163 y ss.

de Jakobs)³²⁻³³ y en sus fundamentos. Ello resulta especialmente preocupante si tenemos en cuenta que el principal riesgo para el desarrollo autónomo individual que conllevan estos discursos radica en el peligro de perpetuidad, normalización o generalización de la *excepción*. Así, de las diversas formulaciones históricas apreciables en las que se ha asumido la necesidad de recurrir a reglas definidas como excepcionales, en definitiva, muchas de ellas han pasado a incorporarse y caracterizar el marco normal de desarrollo social, con lo cual las herramientas propuestas para enfrentar *la emergencia*, con el tiempo pasan a constituir reglas generales, independizándose, de esta forma, de sus orígenes.³⁴

³² JAKOBS, "La autocomprensión...", cit. (n. 23), *passim*.

³³ A nuestro juicio, dichos conceptos exceden el plano de la mera descripción, constituyendo tesis de sustento o justificación. Al respecto, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Comensuraciones*, por BARRQUIN SANZ; OLMEDO CARDENETE, en *RECPC* 04-C2, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html, p. 10, "Jakobs se ampara en que él ni apoya ni critica, sino que describe. Pero limitarse a describir el presente contexto, después del 11 de septiembre, equivale a amparar barbaridades como el derecho penal excepcional del Sr. Bush para todo lo que suene a amenaza para el sistema norteamericano <no para otros sistemas>, eliminando las garantías procesales en un país que se ha caracterizado siempre por su respeto de las mismas, sometiendo a los presos talibanes a un tratamiento rayano en los delitos contra la integridad moral. Porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un derecho penal dirigido contra los enemigos del sistema". En el caso de SILVA SÁNCHEZ, la exposición del derecho penal de tercera velocidad o de enemigos pareciera en cierta medida exceder la mera descripción, como puede apreciarse de sus propias palabras: "Ahora bien, ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un derecho penal de tercera velocidad? Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Si negar que la 'tercera velocidad' del derecho penal describe un ámbito que debería ser desahuciablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acregerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de derecho penal de privación de libertad con reglas de impunidad y procesales menos estrictas que las del derecho penal de primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable". En *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 163 y ss. (el destacado es mío). Al respecto, cabe tener presente lo que señalaba MUÑOZ CONDE en *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 70: "Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la apuntea, ni la desaprueba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte".

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), p. 167; FABRADO CABANA, "Un derecho penal de enemigos...", cit. (n. 11), p. 315. Dicha constatación en la actualidad parece ser advertida en algunas de las propuestas político-criminales de futuro formuladas a propósito de la caracterización de la realidad actual del moderno derecho

Si se observa, dichos discursos se soportan básicamente en la potencialidad lesiva de lo que se entiende constituyen nuevas amenazas de afectación de la estructura social, con lo cual se asume que es puesta en tela de juicio la vigencia o permanencia de la misma. Por ello constituyen discursos preventivos, tributarios de la idea del riesgo, pero que, a diferencia del debate propio del moderno

penal, pretendiéndose incluso superarla en base a la formulación de ámbitos especiales o excepcionales de derecho penal. Nos referimos a la segunda velocidad –y su distinción de la primera y tercera– del derecho penal que propone SILVA SÁNCHEZ. *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 159 y ss., al *derecho de intervención* de HASSEMER. "Végo y nuevo derecho penal", cit. (n. 6), pp. 67 y ss., e incluso al propio *derecho penal del enemigo* de JAKOBS; en cierta medida en JAKOBS; CANGIO MELIÀ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), p. 48; en tanto sus autores justifican parte de sus respectivos supuestos en la pretensión de *protoger* al derecho penal clásico, garantista, liberal o *del ciudadano*. Con cita expresa a textos de SILVA SÁNCHEZ y JAKOBS, GRACA MARTÍN, "Consideraciones críticas", cit. (n. 24), pp. 7 y 8. Dichas propuestas –con especial claridad en la de SILVA– distinguen desde ya los ámbitos propios del derecho penal de las nuevas realidades propias de la sociedad del riesgo, de aquel que dice relación con actividades y comportamientos que tradicional e históricamente han sido objeto de preocupación por parte del derecho penal, reservándose un tratamiento especial para las primeras y, en su caso, para aquellas que, en las condiciones actuales, configuran *realidades de emergencia*, al menos en el caso de Jakobs y del propio SILVA SÁNCHEZ. DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 24 a 26. A nuestro juicio, dichas pretensiones, como también aquellas que justifican el derecho penal de la sociedad del riesgo bajo el supuesto de que sólo con ese expediente se puede alcanzar el control de los comportamientos antisociales de las clases privilegiadas no hacen más que consolidar una determinada opción político-criminal que justifica, bajo determinados supuestos, actuaciones excepcionales, tributarias en definitiva de condiciones atribuibles a necesidades sociales, dejando abiertos a ámbitos de valorización cambiantes los espacios que serán objeto de dicho tratamiento. Así, si bien se mencionan fundamentos que permiten marcar diferencias para cada ámbito, se renuncia con ello a espacios de actividad estatal que hasta hace poco se mostraban como inaccesibles en base a argumentos de ilegitimidad, pasando a asumirse, al menos, como potencialmente justificables. De ahí que frente al escenario que propone el actual derecho penal "cuando uno se pregunta quienes son esos individuos a los que se les quiere mantener al margen de la sociedad, se percibe todavía, aunque ya ocasionalmente, la notoria de la sociedad del riesgo, pero resulta evidente que estamos ya en un contexto distinto. Es fácil apreciar cómo las áreas de intervención que se corresponden casi totalmente con las que ya hemos visto que son objeto de atención *proprie* dentro de la *expansión securitaria*". DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 21. La propia evolución del planeamiento de SILVA SÁNCHEZ lo confirma –en tanto la primera edición de *La expansión...*, cit. (n. 3), del año 1999, no considerara más que *dos* velocidades posibles y justificables en el derecho penal–. Ello en buena medida encuentra reflejo en la práctica, en tanto la mayor parte de la intensificación del sistema, tanto a nivel abstracto como concreto, lo reciben los comportamientos propios de la *delincuencia clásica* –DIEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 12, 13 y, especialmente, 33– y no aquella que se asocia a las realidades modernas o de *emergencia*, según ya hemos señalado.

derecho penal, ubica dichas condiciones amenazantes en dirección atentatoria de la propia estructura social de manera directa y no de bienes o intereses particulares o pertenecientes a un colectivo indeterminado y difuso.³⁵ De esta forma, no se trata solamente de un discurso propio de los caracteres de la *sociedad del riesgo*—en cuanto generadora de condiciones de permanente inestabilidad de los individuos—, sino que se trata más bien de un discurso propio de una sociedad considerada *en riesgo*, afectada, puesta en peligro o, en definitiva, amenazada, en un nivel estructural.³⁶ Por extensión, si bien en dichos discursos cambia el objeto de referencia del riesgo—desde los individuos o la colectividad estructuralmente considerada—evidentemente se presupone que ello incide en todos los integrantes de la sociedad.

Si bien existen numerosas opciones y prismas para asumir el tratamiento crítico de esta realidad, nos proponemos en las líneas que siguen la perspectiva de revisar el paralelismo que suele encontrarse implícito en los discursos de sustento de la mayoría de las modificaciones legislativas a la regulación penal que se proponen en la actualidad y los conceptos que subyacen a la propuesta del derecho penal de enemigos de Günther Jakobs. Ello, a nuestro juicio, se justifica en primer lugar por la evidente similitud concep-

³⁵ Probablemente el único ámbito en que concurre la afirmación de riesgos generadores de dicha desestabilización generalizada corresponde a la llamada delincuencia medioambiental. De ahí que no resulte extraño que algunas muestras del derecho penal de emergencia parecieran a primera vista hacerse también presentes en ilícitos penales dirigidos a la protección de dicho bien jurídico. La equivalencia, probablemente, se produce en tanto existe similitud en los potenciales riesgos y ellos derivan de la actuación de una estructura organizada propia del desarrollo empresarial. La diferencia la encontramos en la actividad que pasa a ser objeto de control, en tanto la ilicitud medioambiental deriva, en general, de excesos de riesgo desarrollados en márgenes que regularmente se encuentran controlados por medidas administrativas. Por el contrario, la ilicitud que es propia de las construcciones de emergencia o excepcionalidad se mueve y desarrolla en ámbitos ocultos o clandestinos, en tanto se corresponde con realidades declaradas punibles desde antiguo y de ahí que las estructuras en que se soporta su planificación y ejecución tengan estrecha relación con dicho ámbito de clandestinidad, afectando las posibilidades de prevención como también las de represión.

³⁶ De ahí que—como destaca Silva Sánchez—se reconocen en la actualidad caracteres expresivos de este derecho penal en los ámbitos de la delincuencia económica—SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), p. 163—, caracterizada por ejecuciones de incidencia transaccional llevadas a cabo desde bases de poder económico con grave riesgo para la estabilidad de las naciones, expandiendo sus efectos al ámbito de las relaciones comerciales y laborales. Estos caracteres comunes a las realidades de emergencia probablemente han hecho que, en ocasiones, los legisladores den crédito a fórmulas propias de estas expresiones de emergencia.

tual que subyace a ambas perspectivas, si bien reconocemos que, probablemente, ello no es consciente ni intencionado, en buena medida, por la escasa relación recíproca que existe entre el jurista y la actividad político-legislativa. Asimismo, encuentra fundamento en la creciente influencia que ejerce hoy en día el pensamiento de Jakobs en las discusiones sistemáticas y político-criminales informadas, particularmente en la realidad latinoamericana.

2. EL DERECHO PENAL DIRIGIDO A LOS NO PERSONAS O DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

a) *Plantamiento*

El modelo de regulación penal que actualmente propone Jakobs decanta hoy en día en la formulación de dos clases o modalidades de actuación del sistema de control penal: un derecho penal general o de *ciudadanos* y un derecho penal de *enemigos*. Ambas modalidades, conocidamente, detentan en la actualidad particularidades que las sitúan en un lugar privilegiado en los debates dogmáticos y político-criminales. Sin embargo, una de ellas, la más extrema, ocupa un rol especial en el plano de los discursos de emergencia o excepcionalidad, asumiendo que el sistema puede recurrir a herramientas de excepción en casos determinados, desde un argumento tributario de la idea de necesidad de la intervención penal, en perjuicio de los criterios de merecimiento de pena. Se trata, básicamente, de modalidades de reacción penal que se estima puede y debe asumir el sistema para obtener la estabilización de la confianza en el derecho frente a quienes, con su comportamiento, demuestran encontrarse fuera de los márgenes de desarrollo de los discursos de interacción social en los ámbitos propios de la juridicidad, por decisión voluntaria y constante.

Contextualizando el planteamiento y recurriendo para ello directamente a los términos de Jakobs, se asume en dicho discurso, como punto de partida, que el desarrollo en sociedad, al atero del Estado de derecho, se encuentra regido por la juridicidad. Estado (de juridicidad o de validez del derecho) que debe reafirmarse contrafacticamente "marginalizando el comportamiento que quebranta la norma"³⁷ mediante la imposición de la pena. Así, bajo su concepto, "la pena se debe entender (...) como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la existencia normativa, y

³⁷ JAKOBS, "La autocomprensión...", cit. (n. 23), p. 57.



con la pena este —si se quiere— fin de la pena se consiguere siempre”. Dicho “efecto confirmador se dirige a personas, es decir, a partícipes de la comunicación considerados como poseedores de disposición jurídica”. Agrega que, bajo este concepto, el mensaje expresivo e integrador de la pena se dirige absolutamente a todas (las personas). En este esquema el delito se caracteriza o constituye esencialmente “no como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es (...) el elemento decisivo del hecho penal, y no la lesión de un bien”. Ello configura el derecho penal de los ciudadanos. Sin embargo, en su planteamiento actual, esta modalidad de intervención no es considerada suficiente para la mantención del estado de juridicidad. Antes que ello, se requiere de un aseguramiento cognitivo de que la norma no será quebrantada. De esta forma, “(...) junto a la certeza de que a nadie le está permitido matar, debe darse también la de que muy probablemente nadie va a matar”,³⁸ lo que se extrae de un proceso individual de adhesión potencial o presunta a los márgenes de orden de las relaciones que propone la juridicidad. De ahí deriva el reconocimiento de la condición de persona (partícipe de la comunicación) e integrante de la comunidad, que se concede en esta estructura social.

Como consecuencia de este planteamiento, quienes con su comportamiento habitual o de tendencia se apartan decidida y demostradamente del régimen de sujeción al derecho renunciando a aportar dicho mínimo de aseguramiento cognitivo estimado como necesario, ponen en riesgo la mantención de dicho estado de juridicidad. Así, quien “de una forma presuntamente duradera ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”, no califica como persona o ciudadano, constituyéndose como *enemiga*.³⁹ Dicha falta de aseguramiento cognitivo se ve propiciada en la actualidad por la pérdida de los efectos integradores que proporcionó la estabilidad concedida en otras épocas por la religión, la estructura familiar y la identidad nacional, más recientemente disminuida en tanto dichas ausencias “le concede(n) al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes”.⁴⁰

Se señalan básicamente como “particularidades típicas del derecho penal de enemigos (...) un amplio adelantamiento de la punibilidad,

³⁸ JAKOBS, “La autocomprensión...”, cit. (n. 23), pp. 56-58.

³⁹ Sobre esta afirmación, FARRALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos...”, cit. (n. 11), p. 309.

⁴⁰ JAKOBS, “La autocomprensión...”, cit. (n. 23), p. 60.

es decir, (un) cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, (...) la falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento (...) el paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, (...) y la supresión de garantías procesales”,⁴¹ como asimismo la maximización de los efectos inocuidadores de la pena,⁴² y destacando en ello el tratamiento autónomo concedido a la pertenencia o colaboración con organizaciones delictivas.

En último término y dando visos de amplio futuro a la fórmula expuesta, Jakobs destaca que en las condiciones actuales “ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la (...) neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. (...) Todo esto resulta chocante, y ciertamente lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero con la *ultima ratio* de Kant solamente, según la cual cualquier persona puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado (una “constitución ciudadana”), no se esquivaba el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos. Es tarea apenas iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del derecho penal de enemigos y separarlas de las del derecho penal de ciudadanos para, dentro de este último, poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica”.⁴³

Las primeras evidencias de este discurso las expone Jakobs hace ya más de 15 años,⁴⁴ consolidando el planteamiento hacia fines del siglo XX (1999) en base a textos como los citados precedentemente. De hecho, a nuestro juicio el modelo de intervención penal que dicho autor propone en su base ocupa el elemento de exclusión para definir el efecto concreto esperado en base a la aplicación de

⁴¹ JAKOBS, “La autocomprensión...”, cit. (n. 23), pp. 58-59.

⁴² DIEZ RIPOILLÉS, “De la sociedad del riesgo...”, cit. (n. 11), pp. 23, 25 y 26.

⁴³ JAKOBS, “La autocomprensión...”, cit. (n. 23), pp. 60-61.

⁴⁴ JAKOBS, “Criminalización en el ámbito previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal* (trad. Peñaranda Ramos, Madrid, 1997, Edit. Civitas), p. 298.

la pena, constituyendo el derecho penal de enemigos sólo un extremo de dicho planteamiento. De ahí que las objeciones que puedan formularse a su respecto, en cierta medida pueden dirigirse tanto a esta aplicación extrema como a su base constitutiva.

Ahora bien, quiérase o no, el contexto propuesto en este derecho penal de enemigos constituye hoy en día una dimensión real, constatable, que es posible apreciar dentro y fuera del entorno de la juridicidad formal.⁴⁵ Piénsese al respecto en las reacciones suscitadas a propósito de los acontecimientos vividos en Nueva York el 11 de septiembre del año 2001.⁴⁶ Esta constatación en modo alguno puede ser considerada una base de legitimación derivada de lo que podríamos denominar *la fuerza de los hechos*. Su descripción tampoco debe ser considerada una aceptación resignada, asumiendo —como plantea Jakobs— el desafío de caracterizar los contornos acertados o procedentes en este modelo de intervención coactivo, como para algunos pareciera desprenderse de las palabras con las que Silva Sánchez, o el propio Jakobs, asumen su descripción. Dicha afirmación sólo expresa una constatación que evidencia la separación entre política legislativa y el conjunto de opiniones que hoy en día se constituyen como opciones mayoritarias de política criminal, acrecentando una de las crisis de legitimidad que experimenta hoy en día el desarrollo de las ciencias y técnicas políticas o legislativas vinculadas a los fenómenos propios de la criminalidad.⁴⁷

b) Precedentes

Más allá de lo llamativo de la propuesta en atención a lo extremo de sus consecuencias parciales y finales (particularmente en lo tocante al reconocimiento o, más bien, desconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos respecto de individuos de la especie humana),⁴⁸ podemos destacar que no constituye una alternativa exenta

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 84: "En lo que sí tiene razón Jakobs, es en poner de manifiesto la existencia real, y no meramente encubierta, de un derecho penal del enemigo' también en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho".

⁴⁶ "El 11 de septiembre ha venido a confirmar lo difícil que resulta hoy día la diferencia entre el derecho penal y la guerra". PRITTWITZ, "Derecho penal del enemigo...", cit. (n. 24), p. 107.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit. (n. 11), pp. 13 y ss.

⁴⁸ ESSER, Albin, "Consideraciones finales", en ESSER, HASSEMER, BURGHART, *La cianita del derecho penal ante el nuevo milenio* (trad. Muñoz Conde et al., Valencia, 2004, Edit. Tirant lo Blanch), pp. 471 y 472: "Si altero lo que hasta ahora ha sido la tónica de mi exposición de describir simplemente fenómenos sin dar nombres, no puedo hacer, sin embargo, lo mismo cuando se trata de analizar algunas construcciones de Günther Jakobs (...). Esta frialdad de la contemplación limitada a la lesión de la norma

de precedentes en la historia evolutiva del derecho y del sistema penal.⁴⁹ Nos referimos con ello, básicamente, a la proposición de zonas de exclusión del marco general de derechos reconocidos a los atributos de la personalidad individual o humana, presentes en obras, propuestas e incluso en instituciones y textos positivos atribuidos a muchos juristas, filósofos y políticos, cuyos nombres y textos ocupan grandes e importantes espacios en cualquier biblioteca especializada, algunas de las cuales incluso se remiten en específico al concepto de *enemigo* para fundar la exclusión.⁵⁰ De entre ellas destacan, por los efectos prácticos que significaron, una serie de muestras claras y evidentes de exclusión derivadas de conceptos tributarios de las necesidades de *defensa de la sociedad*,⁵¹ desarrolladas básicamente

produce aún más estremecimiento cuando se atiende a la frontera que traza Jakobs entre el ciudadano en el ámbito del derecho penal en un Estado de derecho y los enemigos del sistema. El que los enemigos no sean considerados 'como personas', es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de derecho, por no decir nada de cuáles sean los criterios que se utilizan para catalogar al 'ciudadano' como 'enemigo'. Asimismo, MUÑOZ CONDE, *Consideraciones...*, cit. (n. 33), p. 10 ("Como esta formulación parece tan dura, hago un primer esfuerzo de interpretación diciéndome 'no, no es tan duro lo que dice, pero la verdad es que sí lo es: emplea esa expresión de 'no personas' y lo vuelve a repetir"); PRITTWITZ, "Derecho penal del enemigo...", cit. (n. 24), pp. 111 y 118 ("Las críticas más duras deben dirigirse hacia los conceptos de enemigo y de no-persona utilizados por Jakobs en su planteamiento"); GRACIA MARTÍN, en "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 3 ("No creo que me alicje demasiado de la realidad si digo que la expresión 'derecho penal del enemigo' suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término 'enemigo') y p. 27. Incluso el propio Jakobs lo reconoce según acabamos de citar: "Todo esto resulta chocante y ciertamente lo es (...)"; JAKOBS, "La autocomprensión...", cit. (n. 23), p. 61.

⁴⁹ Existen, asimismo, ejemplos aislados dentro del contexto del sistema penal clásico. Sobre ello MUÑOZ CONDE, "Las reformas...", cit. (n. 25), pp. 116 y 17.

⁵⁰ Suelen citarse precedentes en el desarrollo teórico y filosófico de la propuesta, básicamente centrados en el contractualismo. Sobre ello Jakobs en JAKOBS, CANCIO MELLA, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pp. 25 a 33; DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 20; GRACIA MARTÍN, en "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), pp. 11 y ss. y, especialmente, p. 19 ("en la doctrina actual del derecho penal del enemigo apenas encontramos ideas nuevas ni fundamentaciones originales"); PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Sobre los orígenes del 'Derecho penal de enemigos'. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", en *CPN* n.º 75, 2001, pp. 597 y ss. RAMÍOS VÁSQUEZ, José Antonio, "Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del derecho penal en la sociedad actual", en FERRALDO CABANA, Patricia (dir.), BRANDARIZ GARCÍA y PUENTE ALBA (coord.), *Nuevos ritos del derecho penal en la era de la globalización* (Valencia, 2004, Edit. Tirant lo Blanch), pp. 91 y ss.

⁵¹ Véase al respecto el desarrollo asociativo expuesto por PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del

en el curso del siglo recién pasado,⁵² algunas de las cuales mantienen vigencia hasta nuestros días, e incluso predominancia hasta hace poco.⁵³ En este marco, el positivismo de fines del siglo XIX propuso, en sus extremos, consecuencias concretas restrictivas de derechos fundamentales a ser aplicadas fuera de los márgenes de legitimidad que exige la consideración del carácter de persona o sujeto de derechos de quien resultaba ser destinatario de los mismos, en las herramientas de tratamiento de los llamados *insanos*⁵⁴ y en el régimen tutelar dispuesto para el tratamiento de las condiciones de riesgo social que afectan a los menores de edad.⁵⁵ En todos esos casos, bajo la excusa de la incapacidad o de la afirmación de carencia de titularidad personal de derechos subjetivos, se propuso la precedencia de medios de intervención jurídico-estatal coactivos, enemigo", en *Juices para la Democracia* N° 49, marzo 2004, especialmente, pp. 43, 45 y 48, a propósito de las reglas procesales de la emergencia, entre el llamado *derecho penal del enemigo* y la construcción sociológica funcionalista de Luhmann y su propia construcción del concepto de *persona*, a partir de lo cual se extraen deberes de actuación o de cooperación del ciudadano en función de razones de Estado y en perjuicio de su seguridad individual.

⁵² Cancio Meliá en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, El derecho penal..., cit. (n. 20), p. 80, nota N° 34: "Ciertamente, cabría identificar—como subraya Silva Sánchez, La expansión, cit. (n. 2), p. 165—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". En la misma línea, ZAFFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), p. 242, señala: "En el siglo XX se manifestó abiertamente la tendencia legislativa a distinguir nitidamente entre enemigos de la sociedad e indisciplinados, con el objeto de cancelar límites garantizados e incluso eliminar físicamente a los primeros y sólo reducir los de los segundos; abiertamente se postuló el abandono de todo límite al poder punitivo y la consiguiente vuelta al inquisitorio", y GRACIA MARTÍN agrega, en el mismo sentido, si bien no expresamente: "Por lo demás, la idea de que en el caso de determinados delincuentes se trata en realidad de enemigos de la sociedad perdura en el último tercio del siglo XIX y primero del XX. Como es sabido, así consideraba Von Liszt a los reincidentes, a los habituales y a los delincuentes por tendencia", en "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 19.

⁵³ Los principales ejemplos de aplicación masiva y extendida, según veremos, nos ubican en el ámbito del tratamiento estatal concedido durante el curso del siglo XX a los menores de edad en *riesgo o conflicto social* y a los llamados *insanos*.

⁵⁴ A este respecto, con énfasis crítico vale la pena pasar revista a los planteamientos de la denominada *siguiente alternativa*. Sobre ello, BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad en un Estado de derecho", en, del mismo, *Control social y sistema penal* (Barcelona, 1987, Ed. PPU), pp. 281 y ss. y, especialmente, pp. 289 y 297 a 304.

⁵⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia* (2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2004, Editores del Puerto), pp. 25 a 44 y 57 a 65. Asimismo, PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia* (2ª edición, México, 1988, Edit. Siglo XXI), especialmente, pp. 13 a 30.

destinados—desde una perspectiva meramente retórica—a la defensa de los propios intereses de los afectados⁵⁶ y, en paralelo, dirigidos a la obtención de márgenes de seguridad social general, cuestionada o alterada por condiciones de riesgo o peligro potencial presentes en los destinatarios de dichos medios coactivos. Se interviene, así, sobre *entes peligrosos* en defensa de la tranquilidad del desarrollo de la sociedad con miras a obtener seguridad para la población general, en base a la exclusión de los ámbitos de desarrollo común del *inapaz peligroso*.⁵⁷ Tras ello se recurre al mismo expediente que en el caso de los *enemigos*, esto es, al desconocimiento de su titularidad como *persona*.⁵⁸

Mención especial a este respecto merece el trabajo desarrollado recientemente por Muñoz Conde⁵⁹ respecto de los aportes de Edmund Mezger al régimen nacionalsocialista alemán, a propósito del cual se evidencia la presencia de concepciones del todo similares,⁶⁰ elaboradas como fundamento de mecanismos de exterminio o experimentación de quienes eran considerados inferiores, precisamente, en base al expediente de desconocer su titularidad como sujetos o personas.⁶¹

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", en Doxa 15-16, 1994, (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/013616208245738839199024/cuadem015/vol11/doi15_29.pdf), pp. 1031 y ss.; ZAFFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), pp. 242 y ss., ambos con ejemplos concretos de legislación positiva. Resulta especialmente llamativo el planteamiento correccionista. Sobre éste, para un esquema resumido, COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la Historia de la filosofía* (trad. Ruiz-Funes, Mairano, México, 1953, Edit. Unión Tipográfica, Edit. Hispano-Americana), pp. 211 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al derecho penal* (Santiago, 1989, Edit. Ediar-Conosur), pp. 125 a 128 y 150 y ss.

⁵⁷ En dicho contexto se enmarcan las teorías propias del movimiento de *nueva defensa social* (Ance) y su precedente (Gramática). Sobre ello, resumidamente, BUSTOS, *Introducción*, cit. (n. 61), pp. 189 y ss.

⁵⁸ Especialmente en referencia a los planteamientos de Kant y Jakobs, GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 25.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo* (4ª ed., Valencia, 2003, Edit. Tirant lo Blanch).

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 61: "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 'extranos a la comunidad', decía: 'en el futuro habrá dos (o más) derechos penales: 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 [...]'.⁶¹

⁶¹ Véase asimismo la referencia hecha por GRACIA MARTÍN a la Ley de represión de la masonería y el comunismo, promulgada en España en 1941, en "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 4.

c) *Construcción del concepto de peligrosidad que utiliza la propuesta*

Esta construcción propone la idea de que es necesario actuar en forma especial o excepcional frente al individuo que presenta una disposición que contrasta con las bases del sistema de orden social. De ahí que ello conduzca a una fuerte concentración en el sujeto y, particularmente, en lo que se entiende constituyen condiciones o atributos personales que puedan ser identificados en ellos. Es por eso que en los hechos, en definitiva, se tiende naturalmente a identificar el ámbito de aplicación de este modelo en determinadas categorías de autor, que se extraen desde determinadas hipótesis o contextos de riesgo predefinidos. Como se puede apreciar, el rol del peligro en este contexto no necesariamente se desprende de un patrón de comportamiento aisladamente considerado, sino de la conexión con un ámbito determinado de desarrollo social que es desvalorado en abstracto. De esta forma, se *marra* como negativo todo aquello que dé cuenta de una vinculación con dichos ámbitos, correspondientes con las esferas de preocupación de los discursos de emergencia. De esta forma, se asume al "enemigo" como peligroso en base a una vinculación abstracta con determinados ámbitos de desarrollo social desvalorados, siendo irrelevante el que dicha relación se exprese en un ánimo, en un carácter propio de la personalidad o incluso —lo que sería normal en el ámbito de un derecho penal del acto o del hecho— en una conducta.

Sobre esa base se trabajan propuestas fundadas materialmente en lo que podemos denominar como *condiciones personales de riesgo*, desde las cuales se extrae el fundamento o justificación de las diversas formas de intervención, proscripción o represión, caracterizadas en las respectivas descripciones en base a técnicas tributarias de argumentos de peligrosidad presunta. Con ello se confirma que no se busca necesariamente actuar o intervenir frente a situaciones de riesgo real, sino frente a aquellas respecto de las cuales es posible atribuir en abstracto o potencialmente dicho carácter; desde la afirmación de una vinculación de tipo general, buscando con ello la materialización de intervenciones de naturaleza proactiva, ajenas por ello a las modalidades normativas y propias del derecho penal (por naturaleza reactiva).

Ello probablemente constituye la máxima novedad de la propuesta, en tanto el argumento de *peligrosidad* de base al que se recurre como alternativa a la culpabilidad deja de sustentarse en un juicio estrictamente personal, trasladándose funcional y conceptualmente al ámbito de las definiciones materiales, sintetizando —y a la vez, confundiendo— el juicio sobre la conducta y el juicio personal. De esta forma, es efectivo que los discursos de emergencia resultan, en

su fundamento, tributarios de la idea de un derecho penal de autor ("del reo") más que de un derecho penal del hecho (delito), rectoriéndose, en general, a categorías de concurso moral o de desvalor subjetivo para la definición de los presupuestos de actuación.⁶² Es fácil advertirlo al revisar cómo en las propuestas de dichos discursos suele concentrarse la atención en el *terrorista*, el *traficante* o el *pedófilo* más que en el acto concreto ejecutado por ellos y que amerita la intervención,⁶³ siendo sus caracteres prácticamente irrelevantes.⁶⁴ Sin embargo, y por sobre las objeciones que ya de manera tradicional pueden formularse a este respecto, en este modelo concurre adicionalmente la agravante de que la base desde la cual se sustenta la peligrosidad del comportamiento emana de un juicio meramente presunto, fundado sólo en la asociación abstracta con un ámbito de comportamiento.

Se genera la sensación de que todo aquello que pueda ser ejecutado por dichos *arquétipos* debe quedar sujeto a control o sanción, siendo asimismo irrelevante el que no tengamos certeza de la atribución respecto del destinatario en concreto. Es ésta la perspectiva que llena el contenido que se atribuye al concepto de *enemigo* en la propuesta, excediendo con mucho la referencia a una calificación personal o subjetiva.⁶⁵ Ello se confirma incluso en el hecho de mantenerse la calificación tras la condena, asumiéndose que los infractores, en general, no pierden el carácter o atributo de enemigo. De esta forma, importa más si ha tenido la calidad referida o si la mantiene, más que el hecho de haberse ejecutado un acto ilícito en concreto.

Ello explica que sea la propia estructura del Estado la que promueva las instancias de persecución para defender a la sociedad de los enemigos (*la emergencia*), involucrando a todos sus órganos e incluyendo al propio poder judicial, ya sea atribuyendo facultades que lo inclinan en favor de las pretensiones de la acusación o limitando sus ámbitos de intervención también en su favor (alteraciones a la carga de la prueba, facultades jurisdiccionales inquisitivas y otras

⁶² Cancio Meliá en JAKOBS: CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pp. 100 y ss.; GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 22; MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 37.

⁶³ MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 38.

⁶⁴ En idénticos términos se propuso actuar sobre *las brujas* en el Malleus maleficarum. ZAFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), pp. 272 y 273.

⁶⁵ De ahí que no extranen referencias en estos discursos al *enemigo*, entendido como el contrario en la guerra, constituido en tal por el solo hecho de existir ésta, aunque sea presuntamente, y con total independencia de los actos de guerra en que aquél incurra.

que, en definitiva, favorecen la prueba de cargo).⁶⁶⁻⁶⁷ De esta forma se produce la vinculación del sistema inquisitivo tradicional con las propuestas de estos discursos, promovándose institutos en base a los cuales se atribuye a la judicatura la misión complementaria y coadyuvante de contribuir con la persecución penal en lugar de operar como un ente imparcial, pretendiéndose con ello favorecer la incriminación y la sanción.⁶⁸

Se compromete asimismo a todo el Estado para favorecer la defensa de la sociedad del enemigo, ampliando los márgenes de intervención directos sobre los ciudadanos en las instancias propias de la investigación criminal, en muchos casos sin que siquiera se cuente con antecedentes que permitan instruir una acusación formal. Sobre la misma base se propone actuar a través de intervenciones administrativas predictuales que operan en base a supuestos de riesgo presunto (*condiciones personales de riesgo*) y, en el ámbito del derecho penal sustantivo, en la consagración de delitos de peligro presunto (sustentado objetiva o subjetivamente por intencionalidad, pertinencia o tendencia, etc.) y, con mayor relevancia en sede de ejecución, en expresiones tributarias de la idea de inocuización.⁶⁹

⁶⁶ Coherentemente con el evidente carácter preventivo directo de estos discursos, las medidas propuestas presentan mayor incidencia en sede de intervención administrativa y procedimental, más que en el ámbito del derecho penal sustantivo. En este último, destacan en mayor medida propuestas aplicables a las fases de ejecución, asumiendo, en la misma línea, un mayor contenido preventivo especial negativo. Lo dicho concuerda con lo sustentado por DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 23 y 26 y ss. (especialmente, 27), quien señala lo siguiente: "Pero es, sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos (...). Se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos inocuidadores de la pena (...) se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo (...)"

⁶⁷ Esto no deja de ser llamativo desde un punto de vista estructural, pues más allá de la necesaria imparcialidad que debe inspirar la tarea jurisdiccional, ella también soporta buena parte de las pretensiones de control, derivadas de los límites contramayoritarios de actuación del Estado, involucrando, en definitiva, un argumento de contraposición con las bases democráticas que lo rigen.

⁶⁸ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 24; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en V.V.A.A.: *Teorías actuales en el derecho penal*. 75º aniversario del Código Penal (Buenos Aires, 1998), p. 615.

⁶⁹ No obstante todo lo dicho, debemos destacar que sólo resulta coherente este criterio en el caso de las medidas que se proponen para rigidizar el contenido de la normativa penal en sede de ejecución. Esto no deja de ser llamativo, pues, según veremos más adelante, la justificación de los modelos de emergencia básicamente se centran en la persona del potencial sujeto peligroso, carácter que es afirmado en base a la ejecución de determinados ilícitos. Esta afirmación sólo puede realizarse, en el contexto de un Estado de derecho, una vez afinada una sentencia condenatoria.

3. AMPLIACIÓN DE LA REPRESIÓN Y DEL CONTROL DE EMERGENCIA A LAS ACTIVIDADES COTIDIANAS. TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA VIOLENTA Y PATRIMONIAL COMÚN O HABITUAL

Más allá que la argumentación y la visión política que subyace al derecho penal de enemigos -y a los discursos de emergencia en general- es elaborada y expuesta a propósito de contextos que ponen a la sociedad globalmente considerada *en riesgo*, en la realidad práctica extienden sus efectos de manera preferente a otros ámbitos, en tanto resultan vinculados -en cierta medida en base a sus propios fundamentos- en concreto a la llamada delincuencia *profesional* o habitual común patrimonial o violenta. Así lo demuestra tanto el ámbito de los discursos políticos y el desarrollo legislativo que éste genera.

Cualquier revisión de las propuestas político-criminales y legislativas recientes en la mayoría de los países del mundo occidental permite apreciar cómo se encuentran prioritariamente dirigidas a modificar el tratamiento que el sistema concede a la criminalidad callejera, violenta o habitual.⁷⁰⁻⁷¹ Asimismo, cualquier revisión de las

GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 29. De esta forma, son precisamente los casos en que tenemos identificado un *potencial enemigo* o ente *peligroso*, cuando dejamos de operar en base a medidas fundadas en la peligrosidad, recurriendo a dicho fundamento en las instancias previas a la condena, permitiendo así que las *medidas de emergencia* sean aplicadas, en definitiva, tanto a sujetos peligrosos como a *no peligrosos*. Ello resulta particularmente claro al revisar la normativa inquisitiva procesal de excepción, cuyo contenido se aplicará para averiguar y determinar si efectivamente una determinada persona satisface o no, con su comportamiento, un determinado supuesto de intervención excepcional. Queda claro cómo la norma en dicho caso opera en términos amplios, es decir, respecto de todos, de forma tal que mal podría, entonces, sostenerse el argumento en términos coherentes en dichos supuestos.

⁷⁰ Cabe destacar que se incluye dentro de este cúmulo de conductas a las hipótesis delictivas constitutivas de delitos que afectan la libertad y la integridad sexual. Al respecto, resulta útil precisar que para algunos determinados delitos propios de este ámbito delictivo que permiten identificarlos de lleno con realidades de emergencia, particularmente cuando la ejecución delictiva se vincula a estructuras organizadas. Así, es habitual ver cómo se incluyen entre dichas emergencias a las llamadas redes de pornografía o prostitución infantil y la *trata de blancas* o tráfico de personas con fines de explotación sexual. A ello debe agregarse la evidente identificación del prototipo del *pedófilo* con un *enemigo*. MÚÑOZ CONDE, "Las reformas...", cit. (n. 25), pp. 10 y ss. A nuestro juicio, resulta altamente discutible el que a su respecto concurre el componente de desestabilización generalizada que requeriría dicha calificación como realidad de emergencia.

⁷¹ El caso de la *violencia de género* o *violencia doméstica* también se incluye en este contexto, en base a la identificación de *maltratador y enemigo*.



estadísticas judiciales y penitenciarias puede permitir concluir cómo además dicho ámbito detenta el mayor nivel comparativo de efectos concretos en el sistema en términos de denuncia y condena. Por su parte, se puede también advertir fácilmente cómo dentro de las propuestas legislativas dirigidas a la delincuencia patrimonial común habitual y, particularmente, en los discursos públicos de justificación que las sustentan, se asume a un "autor" cuyo comportamiento evidencia una actitud consciente de permanente rebeldía contra el sistema y contra las normas básicas de convivencia, asimilándose al prototipo descrito en el derecho penal de enemigos.⁷² Sobre esa base se asume que debe ser objeto de un tratamiento punitivo más enérgico. En tal virtud, o bajo dichos fundamentos—al menos en lo manifiesto—las corrientes de modificación de la legislación penal en la actualidad materializan un modelo de intervención penal fuertemente concentrado y dirigido al cumplimiento de funciones securitarias, intimidatorias e inocuidadoras.⁷³

Si bien es efectivo que las argumentaciones, orígenes y fundamentos de tales discursos prestan algo de razonabilidad a dicha equiparación o extensión, no consideramos que ella pueda realizarse a nivel conceptual. Por ello, más allá de las críticas posibles de formular al modelo del derecho penal del enemigo, consideramos que en caso alguno resulta posible asimilar ambos ámbitos del discurso y, consecuentemente, sustentar sobre dicha base la procedencia de los medios y herramientas que sobre su base se proponen. A esto último dedicaremos las líneas que siguen, considerando, finalmente, que los fundamentos de la política legislativa implementada respecto de la llamada *delincuencia común* vienen más bien determinadas por las visiones populistas y coteroplacistas que, en general, y en buena parte del mundo, caracterizan el ejercicio actual de la política. A ello nos dedicaremos brevemente acto seguido, para finalizar compartiendo algunas de las reflexiones críticas que consideramos pueden formularse ya directamente respecto del modelo del derecho penal de enemigos.

a) Enemigo y *delincuente habitual*

Como en cierta medida adelantamos, el primer elemento sobre el que puede fundarse una equiparación de medios y argumentos de sustento pareciera extraerse de la óptica de aproximación a la

⁷² DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 20; GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 7.

⁷³ LÓPEZ PEREGRIN, Carmen, "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC-AC-02-03 (www.criminologia.net), en relación con la reforma introducida en España por la LO 7/2003.

realidad criminal que propone el derecho penal de enemigos, en cuanto desarrolla sus planteamientos desde la perspectiva del sujeto, en lugar de centrarse en los caracteres de un comportamiento.⁷⁴ Ello queda aún más de manifiesto en las habituales referencias directas al autor que inspira el tratamiento y la justificación político-criminal de dichas propuestas dirigidas al pedófilo, al terrorista, al traficante, etc., y que resulta particularmente expresivo en Jakobs (al hablar del *enemigo*) y en la finalidad preferentemente inocuidadora del modelo de derecho penal que desde dichas bases se promueve.

Cabe recordar que el elemento central que permite definir al *enemigo* en dicha óptica radica en la realización de una calificación del comportamiento de un individuo que permite afirmar su disposición manifiesta y permanente a apartarse del orden constituido. Se trata, entonces, de cómo enfrentar a aquellos que presentan una actitud decidida a apartarse *del contrato* y que por ello no puede esperarse que cumplan con las expectativas y normativas vigentes. Estos caracteres son, precisamente, los que llevan a asumir que dicha calificación es perfectamente atribuible a todos quienes desarrollan una cotidiana, permanente o reiterada actividad delictiva, haciendo irrelevante la naturaleza del delito de que se trate. Bajo estos supuestos, el reincidente aparece como un destinatario natural a ser calificado como enemigo,⁷⁵ como asimismo aquel individuo que más allá de no haber sido objeto de condenas penales reiteradas es considerado socialmente—y por ello estigmatizado—como un *delincuente habitual*, en base a caracteres extraídos de su personalidad, de sus condiciones sociales o, finalmente, de su vinculación a un ámbito determinado de ilícitos que, se asume—o, más bien, se presume—, corresponden a actos particularmente ejecutados por quienes se dedican habitualmente a su comisión.

Tras este último concepto subyace una asociación evidente entre determinados hechos delictivos, la presencia de una carrera delictiva—o, al menos, su inicio, lo que a estos efectos es irrelevante—y una supuesta peligrosidad atribuida a quien lo ejecuta, fundada en un presunto pronóstico de reiteración,⁷⁶ tras lo cual subyace una evidente y flagrante vulneración de principios hasta la fecha indiscutidos, como la presunción de inocencia.⁷⁷ De ahí que en algunos casos baste la sola ejecución de un delito para llegar a afirmar o, al menos

⁷⁴ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 21.

⁷⁵ LÓPEZ PEREGRIN, "¿Lucha contra la criminalidad...?", cit. (n. 73), p. 14; MUÑOZ CONDE, "Las reformas", cit. (n. 25), p. 5.

⁷⁶ GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 6.

⁷⁷ Algo similar sucede en todos los discursos de emergencia o excepcionalidad, siendo particularmente evidente en los llamados delitos de pertenencia.

a actuar, como si se tratara de un *delincuente habitual*. Incluso más, en dichos casos basta la aplicación de una medida policial o procesal que vincule a una persona a su eventual comisión (como una detención o acusación formal) para llegar a asumir que es necesario actuar como si se tratara de un condenado en plena ejecución de una irreversible *carerra delictual*. Se aprecia aquí un evidente argumento peligrosista sobre cuya base se promueven modalidades de intervención especiales y excepcionales en comparación con el modelo general de intervención.⁷⁸ Si se observa, ello también sucede en el caso de las legislaciones de emergencia o excepcionalidad en general y, en particular, en el derecho penal de enemigos, en los que basta una mínima conexión con los ámbitos que son objeto de preocupación para asumir, sobre la base de un juicio hipotético de peligrosidad, la necesidad de una intervención inmediata, categórica y pretendidamente por ello más eficaz, objetivo que no sólo no se alcanza,⁷⁹ sino que genera ámbitos de control que afectan tanto a *ciudadanos* como a *enemigos*.

⁷⁸ Cabe tener en cuenta que es a nuestro juicio legítimo, bajo determinados supuestos, atribuir efectos penales gravosos a la habitualidad o a la organización delictiva. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 21; ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Lauzón-Peña, D. M.; Díaz y García Conlledo, M.; De Vicente Remesal, J., Madrid, 1997, Edit. Civitas, Madrid), p. 139. Lo que sucede en estos casos es que se pretende llegar a dichos fundamentos sobre una base presunta y sin dar cumplimiento, en buena parte de los casos, a la consideración de argumentos de necesidad reales.

⁷⁹ El sistema penal en tanto opera a través de medios reactivos no puede—por inítono—procurar prevenir por evitación directa. A nuestro juicio, en el ámbito de la eficacia concreta el sistema pareciera, en general, limitarse resignadamente a señalar que un determinado comportamiento es socialmente intolerable (por afectar derechos y espacios propios de su ejercicio legítimo) y que no lo puede impedir, apelando a su evitación por medio de un mensaje (absténgase de realizarlo o cumpla su deber) o expresión simbólica (valorando un *objeto social* y desvalorando un comportamiento que lo afecta), formalizado tras la amenaza de ser objeto de un mal. Tomando esa base, creemos posible afirmar que el único rol concreto que el sistema alcanza con eficacia es el solidificar la titularidad exclusiva del Estado en el uso de la coacción en base a su formalización, con lo cual se obtiene como efecto adicional el racionalizarla: HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal* (Valencia, 1989, Edit. Tirant lo Blanch), p. 137; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit. (n. 11), p. 186. Este sentido puede asumirse como originario y obtenerse de la génesis de las normas propias del derecho penal objetivo, cuando ni siquiera se someta a crítica el análisis de la legitimidad del ejercicio de la coacción penal pública, siendo una consecuencia de la expropiación o radicación del uso de la fuerza en forma exclusiva en el poder público. ZAFFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), p. 37. Ahora bien, se actúa entonces frente a la inoperancia o incapacidad del sistema social para evitar o prevenir afectaciones de derechos individuales o

Ahora bien, los ámbitos que reciben este tratamiento se encuentran asociados, prácticamente de manera uniforme, con la llamada delincuencia patrimonial común y, particularmente, la violencia (en especial, referida a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado, robo con intimidación o violencia en las personas y sus modalidades de ejecución calificada).⁸⁰ De ahí que las frecuentes alusiones a la *delincuencia* o al *delincuente*, propias de los discursos sociales, periodísticos, políticos y político-criminales actuales, evocuen de manera indubitada en el sentir colectivo una referencia a dichos ámbitos, por constituir referentes cercanos donde se traduce nuestra *inseguridad*.⁸¹ Volvemos sobre ello en breve.

Si asumimos esta incorporación de la delincuencia patrimonial común habitual a los ámbitos propios de las legislaciones de emergencia, queda en evidencia que la excepcionalidad atribuida a dicho modelo perdería todo sustento, considerando el volumen

más bien para promover espacios de desarrollo propios de aquellos, con el fin de evidenciar dicho fracaso en base a un mensaje de revalorización. Bajo este supuesto la pena—y la norma que la establece—expresa una valorización social, reprobando la conducta y transmitiendo estabilidad, pero al mismo tiempo expresa ineffectividad, lo que parece generalmente ser olvidado. Si se observa, ello resulta especialmente relevante de tener en cuenta cuando se señala que la norma penal busca confirmar *expectativas* institucionalizadas formalmente. Si bien bajo dicho supuesto la promulgación de la norma genera una expectativa, se confía en que la pena, y básicamente su imposición, expresará que ante un quebrantamiento se repone su vigencia simbólicamente. A nuestro juicio, el funcionamiento propio del sistema expresa tanto dicho reposicionamiento o revalorización—señalando que la norma rige y está vigente—como asimismo evidencia cómo en los hechos ésta fue quebrantada, lo que forma parte de su natural modalidad de funcionamiento. En síntesis, transmite vigencia y quebrantamiento o, dicho en otros términos, no transmite necesariamente *estabilidad*, sino que evidencia *estabilización*, lo que será particularmente perceptible por quienes se ubiquen en la posición de víctimas de un delito cometido. No debemos a este respecto olvidar, además, los bajos márgenes de intervención efectiva del sistema evidenciado en la mayoría de los estudios realizados respecto de la llamada *sigra negra*. Esta constatación es particularmente importante de tener presente en propuestas que se ubican en la actualidad en los extremos, particularmente en el caso del llamado *derecho penal del enemigo*. Conforme a sus postulados queda en evidencia aun en forma más nítida cómo el Estado, en dichos casos, renuncia a la eficacia que le concede el sistema penal, reflejándolo como insuficiente y asumiendo que éste no le concede el efecto de estabilización esperado. Dicha ineffectividad en su expectativa del derecho además se solidifica al asumir la exclusión o la automarginación como alternativas legítimas. La fuerza integradora del derecho o su eficacia confirmadora de su vigencia es, desde dichas perspectivas, no sólo puesta en tela de juicio, sino más bien renunciada.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, "Las reformas...", cit. (n. 25), pp. 5 a 8.

⁸¹ MENDOZA BUERCO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 31.



porcentual de casos que en concreto representan dichos ilícitos dentro del total. En dicho contexto, el derecho penal de enemigos pasaría a constituir la regla general y no la excepción. Contrariamente, las argumentaciones de sustento de dichos discursos asumen y mantienen el carácter de excepcionalidad en forma expresa, y, coherentemente, se fundamentan en hipótesis o ámbitos de incidencia completamente diversos y, en principio, efectivamente excepcionales (como el terrorismo) con relación al universo de comportamientos que en abstracto y en concreto son objeto de ocupación del sistema penal, sin incluir a la delincuencia patrimonial común, habitual o reiterada ni a la delincuencia violenta. Sin embargo, una somera revisión de los fundamentos y antecedentes históricos y filosóficos que inspiran la propuesta de Jakobs debería llevarnos a una conclusión diversa, poniendo en tela de juicio el carácter excepcional de dicha regulación y confirmando el uso que la política legislativa concede a sus herramientas y la identificación que, en general, la opinión pública detenta respecto del *delincuente-enemigo*. Ello en tanto puede reconocerse cómo lo es para Rousseau,⁸² Kant o Hobbes —y particularmente para este último—, quienes han quebrado el pacto social por apartarse de manera expresa del orden *de paz* constituido sobre su base, declarando implícita o explícitamente “no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo”,⁸³ manteniéndose con ello en el *estado de naturaleza*, pueden y deben ser asumidos como enemigos, esto es, como individuos que ya no son miembros del Estado (es decir, ciudadanos).⁸⁴

Lo dicho nos permite asumir que la propuesta de Jakobs, en cierta medida, resultaría funcional a esta incorporación, perdiendo su carácter excepcional. Sin embargo, para ello sería necesario dar cumplimiento a una exigencia adicional referida a que los caracteres propios del comportamiento al cual se encuentra dirigida la disposición *antisocial* del *enemigo* den cuenta de que éste se ha apartado del régimen de sujeción al derecho, es decir, que constituyen un riesgo para el orden social en términos de afectar la base mínima de confianza cognitiva en el cumplimiento generalizado de la norma. Se trata de un riesgo de desestabilización social que se refleja en el ámbito de comportamiento en que se desenvuelve el *enemigo*. Ello justifica el reducido ámbito de aplicación y el carácter excepcional

⁸² El propio JAKOBS recuerda que para Rousseau y Fichte, en cierta medida “todo delincuente es de por sí un enemigo”, Jakobs en JAKOBS; CANCIO MELIA, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), p. 29.

⁸³ GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas...”, cit. (n. 24), p. 17.

⁸⁴ Jakobs en JAKOBS; CANCIO MELIA, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), p. 29. GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas...”, cit. (n. 24), pp. 13 y ss.

atribuido al modelo, íntimamente vinculado a comportamientos que detentan una alta potencialidad destructiva o, cuando menos, un riesgo para la propia estructura de convivencia, característica que difícilmente puede ser aplicada a la delincuencia patrimonial común. Frente a ello, parece insuficiente la sola constatación de una ejecución habitual o reiterada de ilícitos comunes para considerarlos como una realidad que amerite dicha calificación, conclusión que pareciera hoy en día no ser para nada pacífica. Muy por el contrario, basta revisar el cúmulo de afirmaciones que observan y califican como *fenómeno* a los caracteres actuales de la delincuencia patrimonial común o cotidiana, y que asumen una peligrosidad social inherente al *delincuente habitual* para apreciar cómo se la considera de manera generalizada como una realidad que demanda una especial preocupación, todo ello bajo el argumento de la *inseguridad ciudadana* que produce su existencia y la masividad de su ejecución. De esta forma, no es la habitualidad individual, sino masiva, la que lleva a este concepto.

El concepto aludido (*inseguridad ciudadana*) nos vincula de manera evidente a la sensación de inseguridad que caracteriza al desarrollo de las relaciones sociales en la actualidad, y que constituye uno de los elementos propios de la interacción en la llamada sociedad del riesgo,⁸⁵ de donde emana, en parte, la asociación que en ocasiones se afirma entre la delincuencia habitual y el movimiento expansivo o de intensificación de la regulación penal.

b) *Delincuencia cotidiana: emergencia social o inseguridad cognitiva (desestabilización del sistema, temor al delito o sensación de inseguridad ciudadana)*

La percepción del riesgo constituye uno de los efectos propios de la caracterización de las relaciones en la sociedad moderna o post-industrial, lo que precisamente constituye uno de los fundamentos que llevan a denominarla como una sociedad del riesgo. Ello incide en una creciente sensación de exposición a riesgos que se aparta en forma creciente de la real ocurrencia de éstos.⁸⁶ Asimismo, el desarrollo científico y tecnológico posibilita mayores eventos y ámbitos de riesgo, generando, al mismo tiempo, y en forma paradójica, un

⁸⁵ MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), p. 37. Asimismo, SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *RECPC* N° 7, (en <http://criminet.ugr.es/recpc/>), p. 38; especialmente contundente en el gráfico N° 4, que establece la relación entre *delincuencia* y *percepción ciudadana*.

⁸⁶ MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), p. 37.

mayor nivel de control de los mismos, dicotomía que se comunica a los individuos, ampliando sus expectativas de control y transmitiéndoles al mismo tiempo una permanente tensión y sensación de exposición derivada de lo que asume son mayores probabilidades de ser objeto de un evento dañoso. Sobre esa base nos asumimos como potenciales víctimas de sus efectos, tendiendo a solidarizar con quienes se encuentran efectivamente en dicha condición. En paralelo, y desde la misma base, se puede apreciar cómo en el sentir generalizado se asume que la prevención, prevención y, en definitiva, el control de los riesgos es posible, lo que se traduce, en síntesis, en una creciente demanda por medidas que, en dicho sentido, concedan mayores índices de seguridad (real o cognitiva), dirigida a contrarrestar la latente tensión (de exposición a riesgos) existente.

Asimismo, esta caracterización de las relaciones sociales en la actualidad hace que se busque determinar quién asumirá el costo de la prevención y, en su caso, de la materialización de dichos riesgos, en una lógica de distribución que si bien tiende a ser potenciada en los modelos de relación social en la actualidad, no necesariamente resulta aplicable a todos los ámbitos del desarrollo e interacción. Aplicado al sistema penal conlleva, necesariamente, un abandono de toda pretensión de reintegración o resocialización, potencia la inocularización—como medio efectivo de control de riesgos del potencial reincidente—y pone en serios aprietos a las funciones que sirve el principio de culpabilidad, en tanto hace más funcional el argumento de peligrosidad como mecanismo de distribución.⁸⁷ La falta de consideración de elementos o circunstancias que preexisten a la ejecución delictiva o dañosa y que en cierta medida pueden contribuir o incidir en su ocurrencia desde perspectivas diversas a los ámbitos propios de una imputación individual, como asimismo la supresión del caso fortuito como argumento explicativo que institucionaliza una frustración y su remplazo por una expansión de los ámbitos de la imputación o aseguramiento de las responsabilidades, hace que se busque y demande la identificación de quien asumirá los costos de la ejecución delictiva. Con ello, dicho costo se radica de manera natural en quien es sindicado como responsable del evento de daño, lo que también se ve incentivado por la cómoda posición que asume el Estado (o más bien los gobiernos de turno) al respecto, en tanto dicha estructura satisfice de mejor forma las expectativas generadas en relación con el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, si se observa con atención, escasamente la sensación de inseguridad que subyace a dicho modelo se encuentra asociada

⁸⁷ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 17 y 18: "El coste de ese riesgo ha de pasar íntegramente al propio delincuente".

en la actualidad a los nuevos riesgos propios de la postmodernidad. Las personas, en la mayoría de nuestros entornos, no experimentan una sensación de inestabilidad o exposición frente a riesgos nucleares, ecológicos, monetarios, económicos o informáticos, o al menos no canalizan formal o expresamente sus pretensiones de seguridad hacia el control de dichos ámbitos. Ello no quiere decir que la percepción de su existencia no genere una base de inestabilidad que es percibida o racionalizada en forma global o de conjunto y que pareciera operar en un ámbito del inconsciente que tiende, en lo consciente, a contrapesar o neutralizar sus efectos. En cierta medida, ello se obtiene tanto en base a una valoración positiva de los beneficios que reportan las actividades generadoras de dichos riesgos, pero también asumiendo como potenciales eventos de riesgo y de relevancia a aquellas actividades que inciden en nuestras condiciones generales de actuación o desarrollo común o cotidiano, aun cuando no correspondan a modalidades de riesgo propias de los caracteres de la postmodernidad. Con ello, el miedo y la inseguridad se canalizan hacia aquello que tenemos a mano.

De esta forma, la sensación generalizada de exposición —y por ello de descontrol— se asocia o vincula de manera sensible a lo que, entendemos, constituyen nuestras condiciones básicas normales y habituales de desarrollo que son, precisamente, aquellas que se pueden ver afectadas—en una medida evidentemente menos relevante—por la ilicitud común. De ahí que las características del modelo de legislación penal que se promueve respecto de las realidades propias de la denominada sociedad del riesgo, vinculadas por los juristas hasta hace poco exclusivamente al nacimiento de nuevas esferas que requieren de control penal, y cuyas particularidades demandan, asimismo, nuevas formas de tratamiento, llegan en cierta medida a ser vinculadas, propuestas o aplicadas a la ilicitud patrimonial tradicional o común en base a una transposición de conceptos relativamente artificial.⁸⁸

Artificial, en primer lugar, en tanto dichas medidas pretenden justificarse en los caracteres propios de lo que se entiende constituyen nuevas realidades o modalidades de ejecución delictiva, posibilitadas por el desarrollo científico, tecnológico o incrementado en sus efectos por la interdependencia que deriva de la globalización. En este caso, se trata de realidades conocidas desde hace mucho, que además han sido objeto de tratamiento por parte del sistema penal casi desde sus

⁸⁸ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 10: "Se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos marcos que desencadena el progreso tecnológico y el sentimiento de inseguridad calquera ligado al miedo de sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas".

orígenes, presentando, además, caracteres o modalidades de ejecución que en modo alguno han variado a lo largo de los años.

En segundo lugar, puede apreciarse cómo el discurso que subyace a los modelos de *seguridad ciudadana* suele construirse desde argumentos referidos a la inseguridad o inestabilidad similares a los desarrollados por los discursos de la modernidad, no obstante lo cual, a la hora de enfrentar el modelo de regulación que proponen sus caracteres se aproximan más bien a las medidas de la emergencia o excepcionalidad, incluyendo al derecho penal de enemigos, concluyendo la necesidad de adoptar un modelo de derecho penal securitario, peligroso e inocularizador.

En tercer lugar, de la ejecución de los ilícitos comprometidos en dichos discursos no derivan riesgos de desestabilización de dimensiones equiparables a aquellas que son tomadas como base para justificar los caracteres de los nuevos modelos de legislación penal, ni en el ámbito de los nuevos riesgos tecnológicos o globales ni en función de las realidades de *emergencia*, ni por ello puede asumirse que pongan en tela de juicio la vigencia del orden constituido y las expectativas cognitivas de su mantención y respeto generalizado.

Puede, al respecto, argumentarse —y de hecho así se hace— que la criminalidad común o cotidiana presenta un sostenido aumento en sus tasas de comisión en las últimas décadas, lo que, en una evaluación de conjunto, incide en una calificación global del fenómeno que lleva a atribuirle una mayor relevancia desde el punto de vista de la afectación que produce en las condiciones de desarrollo habitual de la población. Sin embargo, pareciera que cualquier análisis estadístico de progresión, particularmente aquellos que complementan antecedentes objetivos y de victimización,⁸⁹ si bien efectivamente dan cuenta de índices de crecimiento en las tasas de criminalidad asociadas a dichos ilícitos, lo hacen en una medida considerablemente inferior a cualquiera que posibilitaría afirmar una calificación semejante (*emergencia*), poniendo en tela de juicio las pretendidas dimensiones del fenómeno.⁹⁰

De esta forma, más allá que dichos ámbitos de ilícito presenten una serie de diferencias estructurales con las realidades propias de

⁸⁹ Sobre encuestas de victimización, HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología...*, cit. (n. 79), pp. 185 y ss. y, especialmente, 189.

⁹⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del derecho penal* (Granada, 2000, Edit. Comares, serie Estudios de Derecho Penal N° 15), pp. 480 y ss., quien define como un *mito estadístico* el supuesto aumento y relevancia general de la criminalidad violenta, en base a ejercicios de distribución de los índices relevantes en el conjunto de la población, demostrando la baja incidencia comparativa del problema en el contexto de las demás cuestiones públicas de naturaleza social.

la postmodernidad o de los discursos de emergencia y que en modo alguno generen materialmente riesgos de desestabilización. Lo cierto es que, aparentemente, sí llegan a generar una sensación equivalente, en tanto se alimenta una constante, paulatina y molesta sensación de desprotección, que evidentemente se traduce en una mayor demanda por obtenerla, lo que, recordemos, también es asumido hoy en día —ilusamente— como posible. Dicha demanda, en mayor medida, se direcciona hacia la delincuencia habitual o reiterada, no sólo por la mayor peligrosidad de reincidencia futura que se presupone, sino también en tanto hace evidentes las ineficacias que son propias e inherentes al sistema de control penal. En el mismo sentido, en tanto se busca seguridad y control frente a los riesgos, se focaliza su generación especialmente en quien es asumido como un ente generador de los mismos, volviendo con ello a la idea del delincuente habitual a la cual recién nos hemos referido.

Con ello se deja de concebir, como objetivo de la intervención, a la pena como un medio de sanción funcional a la prevención, para pretender alcanzar más bien a través de ella el control y la seguridad, lo que resulta propio de un sistema que opera sobre la base de la peligrosidad y que sea preventivo por evitación. Se busca de esta forma —casi inocentemente— alcanzar la prevención efectiva a través de un medio reactivo, ya sea anticipando la punición y asegurando que ésta permita *sacar de circulación* al infractor lo antes posible, en tanto se lo asume como un potencial reincidente. Ello también puede apreciarse en el uso que se pretende de institutos como la prisión preventiva, que pasan a ser concebidos de manera generalizada como medidas de control para cuya procedencia resulta del todo suficiente el mero hecho de una detención policial.

Asumimos que el funcionamiento del sistema y la aplicación de la pena más que confirmar la vigencia de la norma evidencia el fracaso de la pretensión implícita que subyace a la misma (en tanto confirma que se ha quebrantado). Es natural que este modelo produzca un paulatino incremento en la demanda por seguridad, bajo el entendido —erróneo— que, a su respecto, el control es posible. Dicha demanda se dirige preferentemente a quien aparece como responsable del desarrollo institucional, identificado con las autoridades del gobierno de turno. Ello produce efectos en el sistema político, incidiendo en la priorización que actualmente se concede a las temáticas referidas a la *seguridad ciudadana*, generando una suerte de regulación penal *simbólica*,⁹¹ entendiendo en este caso

⁹¹ Por todos, DÍAZ PITA: FARRAUJO CABANA, "La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995", en *RDPP* N° 7, 2002, pp. 119 a 148; DIEZ RIPOLES, J. L., "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en

por tal a aquella cuyos objetivos se dirigen a la transmisión de una sensación de estabilidad o mano firme carente de efectos reales, más allá de aquellos que derivan de sus funciones inocuidadoras, cuya mantención sostenida, por lo demás, es difícilmente sustentable.⁹² En definitiva, con todo ello la política criminal que se implementa se aleja conscientemente de cualquier análisis criminológico que permita caracterizar adecuadamente los factores que inciden en la actualidad en el desarrollo de la llamada criminalidad común o cotidiana. También se postergan con ello todo tipo de medidas de prevención social que busquen, complementariamente al sistema penal, operar sobre elementos de desarrollo social que son identificados como factores determinantes o que de una u otra forma contribuyen a generar condiciones que posibilitan o facilitan su ejecución.⁹³ Dichas medidas, en general, bajo las apreciaciones antes

AP, N° 1, 2001, pp. 1 a 22; HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado* (Santiago, 1991, Edit. Conosur), pp. 23 a 36.

⁹² Véanse, por ejemplo, las falencias que han llevado a la desaprobación o falta de aplicación e implementación de legislaciones de *Three strikes*, en base a los costos fiscales que demanda y que llevan a calificarla como un mecanismo o herramienta ineficaz. De hecho, es notable destacar que, salvo el caso de California, en ningún otro Estado americano la implementación de esta propuesta ha podido ser completa. KESSLER, D.; LEVITT, S., "Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation", en *Journal of Law and Economics*, vol. XLII, abril 1999, p. 360 (en <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>). En dicho Estado, los costos se estimaron entre 4,5 y 6,5 billones de US\$. Por su parte, en *The Guardian* se informa que los costos bordean el billón al año. Cabe tener presente que en forma previa a la aprobación de la ley de *Three strikes* en California, el propio Informe RAND expuso que el costo de la implementación de dicha ley ascendería a las cifras antes citadas, recursos fundamentalmente asociados a la necesidad de construcción y operación de más cárceles. Desde el punto de vista financiero, el informe hace ver que el mayor costo de cargo de la *Three strikes* deberá ser asumido por otros ítems de igual o mayor relevancia social, como el presupuesto estatal destinado al financiamiento de la educación superior (anunciado en las mismas épocas). En este contexto, concluye que si no existe dinero suficiente para implementar la ley, ésta tendrá un menor efecto del previsto. De ahí que en Estados Unidos se desarrolle un proceso de completa revisión de estas propuestas, lo que además se vio especialmente favorecido por la situación de crisis fiscal que afectó a dicha nación a principios de esta década. (En este sentido, Center of Juvenile and Criminal Justice: "Cutting Correctly: New Prison Policies for Times of Fiscal Crisis", 2002 (en http://www.cjcg.org/pdf/cut_cor.pdf)).

⁹³ Sobre la base de los postulados de la criminología sociológica, se asume que el delito detenta causas que derivan de falencias o defectos de sociabilidad, generados por el entorno socioeconómico y cultural que rodea al infractor. Por ello se propone intervenir sobre dichos factores sociales para evitar la producción de las causas que llevan a la actividad delictual, tarea considerada propia de los

reseñadas tienden por lo mismo a ser percibidas como instrumentos que *favorecen al delincuente*, incrementando con ello una demanda en favor de las víctimas.⁹⁴

Por todo lo dicho, parece claro que en este ámbito se funden, en definitiva, los problemas sociológicos de la modernidad —básicamente la generación de una sensación permanente de inseguridad y de exposición a riesgos y sus efectos— con las argumentaciones y métodos de la emergencia, generando un producto tributario de políticas de ley y orden, patentadas bajo el concepto (o slogan) de la *(in)seguridad ciudadana*. Cabe destacar que, a nuestro juicio, este ámbito ha sido, hasta el momento, el menos analizado en sus caracteres, el menos desarrollado en términos dogmáticos, el más modificado por las políticas legislativas recientes, el más intensificado o expandido,

sistemas sociales del Estado. Así, "Los criminólogos de formación sociológica (...) han ahudado a factores como la pobreza, valores subculturales, injusticias sociales, sobrecapacidad deficiente, y a semejantes fenómenos de índole prioritariamente social o política". Sobre esta base se promueven iniciativas que buscan intervenir para la prevención del delito fuera del sistema penal, sin buscar en modo alguno sustituirlo, actuando a través de la política social del Estado (la política social como política criminal). Ello en parte se explica por cuanto los efectos preventivos que se pretende alcanzar necesariamente se esperan en el mediano o largo plazo, siendo ineficaces para producir resultados de mayor proximidad. De ahí que las mayores dificultades de estas propuestas deriven, precisamente, de la extensión de sus resultados en el tiempo, poco rentables en términos políticos y difíciles de evaluar —GARCÍA: PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología* (2ª ed., Valencia, 1999, Edit. Tirant lo Blanch), pp. 882 y 893—, deteniendo además un carácter aleatorio. Cabe destacar que también se identifica como prevención social la intervención sobre lo que se denomina el espacio medioambiental, cuyo objeto busca modificar las condiciones de vida en base al diseño de los espacios públicos —BARATTA, Alessandro, "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social", en *Delito y seguridad de los habitantes*. Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y la Comisión Europea (México, 1997, Edit. Siglo XXI), en <http://www.ilanud.or.cr/DD24.doc>, p. 13—, una de cuyas expresiones más destacadas la constituye la teoría del *espacio dependiente* de Newman y que a nuestro juicio responde más bien a criterios de prevención situacional.

⁹⁴ Cabe considerar que uno de los riesgos de la criminalización de la política social es que puede modificar la óptica desde la cual se realiza la intervención, de forma tal que quien recibe el beneficio social es más bien considerado un sujeto peligroso o potencial delincuente en lugar de un beneficiario del sistema. Asimismo, puede asumirse que la finalidad subjetiva de la intervención radica en la seguridad de las potenciales víctimas y no en la seguridad de los derechos de quienes se encuentran en situación o condición de desventaja social. Con respecto a esto último hay que recordar que no existe un deber de prestación de seguridad comprometido, sino más bien un deber de protección. En este sentido, BARATTA, "Política criminal...", cit. (n. 93), pp. 7 y 8.

y, adicionalmente, en base a sus modalidades propias de aparición social, el más aplicado. En tal sentido, asumimos que las fuertes contribuciones de sustento de la expansión modernizadora o de la intensificación frente a la emergencia, inevitablemente han contribuido a la rigidez del sistema de control penal tradicional.

c) *Política y legislación y medios de comunicación*

Contribuyen a caracterizar complementariamente este fenómeno —que no por ello lo justifican—, determinadas modalidades de actuación que son propias de la actividad política en la actualidad cuando deben enfrentarse a problemáticas sociales complejas de interacción. La política recurre al derecho penal como una herramienta por medio de la cual interviene para la obtención de fines sociales. En dicho proceso es innegable que se desarrollan procesos comunicativos recíprocos, constituyendo, en cierta medida, y por ello, un instrumento de diálogo e interacción —comunicación— entre las clases políticas y la ciudadanía.⁹⁵ El problema se da cuando dicha herramienta se utiliza para fines del propio sistema político y no para los fines que son naturales a la política como actividad social. En cierta medida, con ello se mediatiza el instrumento en función de los intereses de uno de los agentes de dicha interacción y no del proceso comunicativo recíproco. Si bien dicha acción y orientación se pretende mostrar como una actuación a través de la cual se representa el interés de los electores, aparentando una simbiosis perfecta en dicha comunicación, no busca sino favorecer la conservación del poder que las autoridades políticas representan, tanto individual como grupalmente, constituyendo una muestra más bien de estrategia electoral que de coherencia en principios, valores, intereses y visiones políticas.⁹⁶ Se habla así de una *politicización interna del derecho penal*,⁹⁷ o de un *valor de cambio político del derecho penal*.⁹⁸

En síntesis, se recurre en general y de manera habitual, a una modalidad de actuación política calificada o calificable como *populista*, desde la cual se tiende más a la promoción de actividades, que en base a simples expresiones buscan producir representaciones de efectividad referidas a los intereses generales de la colectividad, en lugar de asumir las tareas que se orientan a su satisfacción efectiva, con un evidente mayor coste y dificultad. Por ello, y como antes señalamos, esta interacción genera una determinada forma o ex-

⁹⁵ En este sentido, ALBRECHT, "El derecho penal...", cit. (n. 90), p. 479.

⁹⁶ DIEZ RIPOLLES, "El nuevo modelo...", cit. (n. 8), p. 26.

⁹⁷ Hertzog en MENDOZA BUERCO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 89.

⁹⁸ Stangl en MENDOZA BUERCO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 89.

presión del llamado *derecho penal simbólico*, en el sentido de entender que éste se configura por decisiones legislativas político-criminales motivadas y dirigidas "a producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"⁹⁹ sobre la base de una pretendida y supuesta (presumida) efectividad concreta de la herramienta penal, derivada de la sola promulgación de los respectivos cuerpos normativos. De esta forma, se genera una sensación que vincula el acto de promulgación de un texto normativo con la solución inmediata de un determinado conflicto social, el que, sobre la base de la criminalización primaria, entonces, se da por resuelto, presumiéndose que ello contribuye a la solución del problema sin que siquiera preocupe evaluar si dicho objetivo se alcanza o si la medida es adecuada.¹⁰⁰ En dicho contexto, el control penal claramente se muestra como una respuesta inmediata y útil a efectos políticos para enfrentar problemas propios de la política de administración y, particularmente, de la política social.¹⁰¹ De ahí que en la vinculación entre sensación de inseguridad, medios de comunicación, política electoral y derecho penal, no sea difícil concluir, como efecto natural, una constante tendencia dirigida a la expansión del sistema de control penal declarado o formal. En este sentido, Albrecht señala: "La funcionalización comunicativa del derecho penal a través del uso de la política y las diversas instrumentalizaciones provoca una hipetrofia permanente del derecho penal y del sistema general de justicia penal".¹⁰²

Ahora bien, nada tendría de objetable esta opción si se dirige, principal o, al menos, accesoria o secundariamente, a la obtención de fines coherentes con la naturaleza del medio escogido y, por ende, con el marco de sus potenciales efectos. Sin embargo, y como señalamos, en numerosas ocasiones —la amplia mayoría— dicha efectividad no es más que presumida, extraída exclusivamente del contenido de efectos simbólicos o expresivos que conllevan el establecimiento de una norma de naturaleza penal. Con ello, el fácil empleo del derecho

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit. (n. 11), p. 305.

¹⁰⁰ MEDINA ARIZA, Juan José, "Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC, int. 03 (2003) (en <http://www.criminologia.net/revista>), p. 1: "Se legisla sobre situaciones cuya naturaleza no se comprende y una vez que se aprueban las leyes nunca se piensa en evaluar en qué medida cumplen su cometido".

¹⁰¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (Navarra, 2000, Edit. Aranzadi), pp. 59 a 61. Asimismo, para un claro ejemplo de esta dinámica, LAURENZO COPELLO, Patricia, "Últimas reformas en el derecho penal de extranjería: un nuevo paso en la política de exclusión", en *Juristas para la Democracia* N° 50, julio, 2004, p. 31.

¹⁰² ALBRECHT, "El derecho penal...", cit. (n. 90), p. 482.

penal termina siendo funcional a modalidades de administración de lo público del todo irresponsables, muchas veces fundadas en la necesidad de posponer políticas reales de mediano plazo, estructurales o de alto coste.¹⁰³ Así, teniendo presente que en la sociedad contemporánea "la creciente complejidad de las relaciones de todo orden, su planetarización y la explosión tecnológica de las últimas décadas generan nuevos problemas y peligros que es menester encarar con eficacia. Si en lugar de buscar soluciones se apela a la reiteración de un discurso que sólo proporciona sosiego a través de una ilusión de solución (porque se basa en una causalidad social falsa), no sólo no se resolverá el problema sino que sucederá algo peor: se desestimulará la búsqueda de soluciones reales, puesto que la ilusión ocultará la urgencia. La supervivencia de buena parte de la especie humana depende de que ciertos problemas se resuelvan y, justamente por eso, no es admisible la creación de ilusiones y la consiguiente venta de poder que proporciona su elaboración".¹⁰⁴

En definitiva, esta modalidad, fundamentalmente simbólica en su sentido inspirador, cumple funciones de corto plazo, las que no sólo se pierden a mediano y largo plazo sino que terminan por minar o erosionar buena parte de los propios efectos expresivos inherentes al sistema, incidiendo, asimismo, en su potencialidad de cumplimiento de sus funciones instrumentales. En definitiva, se termina por generar una menor confianza en la utilidad del sistema, en base a su real ineffectividad frente a la *promesa incumplida*.¹⁰⁵ Ello en tanto afecta, precisamente, a los niveles de confianza que constituyen en buena medida los orígenes de la demanda por seguridad, no hace más que incrementar el ciclo de dicha demanda. En este fenómeno resulta determinante el papel que cumplen los medios de comunicación y, en especial, los caracteres que ha asumido el ejercicio de la actividad periodística en los ámbitos vinculados al sistema penal, en una perspectiva que resulta más bien funcional al ejercicio competitivo en el marco de las actividades económicas que se desarrollan a propósito del tratamiento y procesamiento de la información, en perjuicio de otras necesidades sociales a las cuales se encuentran naturalmente llamados a servir o coadyuvar, y contrabuyendo desde tal perspectiva a la estabilización de la inseguridad latente o sensitiva.¹⁰⁶ "La criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de

¹⁰³ MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, cit. (n. 3), p. 90.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), p. 30.

¹⁰⁵ SILVA SANCHEZ, *Aproximación...*, cit. (n. 11), pp. 306 y 307.

¹⁰⁶ MUNOZ CONDE, "Las reformas...", cit. (n. 25), p. 21; SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 38 y ss.

auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural".¹⁰⁷ Es efectivo que en la actualidad la propia relación entre la política y los medios de comunicación en cierta medida se encuentra caracterizada por dicha *mediatización*, en base a la cual se exacerban los fines aparentes (*mediáticos*) de contenido expresivo-simbólico por sobre los objetivos instrumentales directos, aquellos con base en los cuales se pretende incidir directamente sobre la realidad a partir de una demanda social, cualquiera sea su naturaleza, esquema que no escapa al ejercicio de toda facultad que comprometa una actuación política, incluyendo, y de manera preferente, a la política criminal.¹⁰⁸

Cabe hacer presente, finalmente, que las referencias que hemos expuesto respecto de la actividad política se exponen en términos generales, sin asumir colores ni tendencias. En este marco, no se trata de un uso atribuido a izquierdas o derechas, en tanto ambas, las primeras en aras del progresismo, sus muestras intervencionistas y la pretensión declarada de control penal de las actividades de las *clases poderosas* y las segundas, en base a la mantención de orientaciones que en esta materia resultan tributarias de los discursos de *Ley y Orden*, asumen a este respecto actitudes equiparables.¹⁰⁹

4. COROLARIO: BREVES OBSERVACIONES CRÍTICAS RESPECTO DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGOS

No queremos concluir estas reflexiones sin extendernos, aunque sea de manera parcial, en el ámbito de la crítica que es posible susentar respecto de la construcción del derecho penal de enemigos. Si bien son múltiples las observaciones formuladas al respecto, consideramos útil concentrarnos a modo conclusivo en dos supuestos básicos de argumentación: a) en primer lugar, y asumiendo que se acepta la legitimidad de la categorización de ciudadanos y enemigos, se puede observar que la mayoría de las instituciones propuestas resultan aplicadas no sólo respecto de *enemigos*, sino incluso preferentemente

¹⁰⁷ ALBRECHT, "El derecho penal...", cit. (n. 90), p. 480. SOTO NAVARRO, "La influencia de los medios...", cit. (n. 85).

¹⁰⁸ MEDINA ARIZA, "Criminología y política criminal...", cit. (n. 100), p. 2.

¹⁰⁹ CANCIO MELLÁ, "Dogmática y política criminal...", cit. (n. 20), p. 136; DIEZ RIVOLLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), pp. 4, 11 y 32; DIEZ RIVOLLES, "El nuevo modelo", cit. (n. 8), pp. 23 y ss. SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), pp. 69 y ss.; SOTO NAVARRO, "La influencia de los medios...", cit. (n. 85), p. 16.

respecto de *ciudadanos*, y b) en segundo lugar, que no resulta posible sostener la exclusión inherente a la propuesta en el contexto de un Estado de derecho.

a) *Contradicción interna. El ciudadano como potencial enemigo en las propuestas de la emergencia*

En primer lugar, parece evidente destacar cómo en buena medida el argumento *exleyente* que subyace al mecanismo de justificación esbozado, se soporta en una base falaz si se lo observa en el plano de su operatividad práctica, en tanto resulta imposible realizar una segregación entre *ciudadanos* y *enemigos* al disponer la aplicación de buena parte de las medidas y herramientas propias de los cursos de emergencia. Es obvio apreciar cómo los destinatarios de todas aquellas medidas cuya aplicación se ubica en etapas previas a la sentencia que califica al *enemigo* como tal, resultan ser tanto los *excluidos* como los *ciudadanos*, transformando de suyo en inocua la lógica de justificación.¹¹⁰ Ahora bien, si se considera que la mayoría de dichas medidas asumen un carácter preventivo, operando con fines de evitación, y actuando preferentemente en forma previa a la dicitación de una sentencia condenatoria, la objeción prácticamente cruza toda la propuesta. Sobre esa base y, siguiendo los presupuestos del discurso, sólo las medidas de aplicación postcondena detentarían márgenes de legitimidad concreta, en tanto aplicadas a un *enemigo*, siendo imposible dar por establecido dicho carácter en cualquiera de las etapas de intervención precedentes.¹¹¹

Con ello advertimos cómo el sistema propuesto, en definitiva, lo que hace es categorizar ámbitos de exclusión, áreas o materias de desarrollo social sensibles respecto de determinados *eventos de riesgo*, y no determina—como se quiere justificar—reglas especiales de combate aplicables a *sujetos excluidos*. Con ello, estas propuestas renuncian a la idea de radicar las bases de justificación en condiciones atribuibles

¹¹⁰ En el mismo sentido y a propósito del tratamiento de las reglas procesales propias del *derecho penal del enemigo*, PORTILLA CONTRERAS, "Fundamentos teóricos", cit. (n. 51), pp. 49 y 50. Destaca que estos *enemigos* ante el proceso son aún *potenciales personas*, graficando de esta forma lo expuesto en el texto.

¹¹¹ En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 29: "Es justamente el proceso el que determina finalmente la privación al individuo de su condición de persona y con ello su exclusión de su ciudadanía y su declaración como enemigo. Sin embargo, esto para nada afectaría que el proceso tuviera que desarrollarse con todas las garantías propias del ciudadano, pues desde el inicio de aquel, y al menos hasta su conclusión mediante sentencia condenatoria, el imputado no puede encontrarse en ningún otro status que no sea el de ciudadano".

a la peligrosidad del *enemigo* que se aparta con su comportamiento de las bases de la convivencia, en tanto todos los integrantes de la comunidad pasan a ser *potenciales enemigos*, en cuanto destinatarios directos, si bien eventuales, de las medidas de emergencia.¹¹²

b) *La definición intrasistémica de persona*

i) Quebrantamiento de la culpabilidad por exceso y no por falencias de capacidad. Hemos ya señalado que en la generalidad de los discursos fundados en argumentos de emergencia, incluyendo la propuesta de legitimación de un *derecho penal de enemigos* de Jakobs, se busca evitar el test de legitimidad derivado del parámetro de los derechos fundamentales (y, más precisamente, aquellos que se expresan en criterios de imputación subjetiva personal, tanto abstracta como concreta), mediante el expediente de desconocer la condición de sujeto, titular de derechos o, finalmente, de persona, de quienes resultan ser destinatarios de sus efectos.¹¹³ Así, al no ser personas, ni titulares de derechos fundamentales, no se hace necesario justificar a su respecto el cumplimiento, satisfacción o respeto de los derechos que son esumados connotables a dicho carácter derivado de sus capacidades de interacción y participación, entrando de lleno en el

¹¹² De ahí que no resulte para nada extraño el no encontrar referencias a medidas procesales dirigidas a *enemigos* en precedentes históricos que hacen referencia a su tratamiento, como sucede en Hobbes, asumiendo a este respecto mayor coherencia. Así, GRACIA MARTÍN en "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 18, destaca: "En Hobbes, en lo que alcanza a ver, no hay ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos".

¹¹³ De ahí que sea evidente que algunas propuestas que buscan obviar las exigencias que emanan de estas consideraciones utilizan como expediente el situar, aunque sea en el plano argumentativo, en un lugar ajeno a los ámbitos de incidencia del Estado, a quienes se desea controlar, anular o de quienes nos descamamos defender. Ello incluso puede ser argumentado en posiciones descritas como neocontractualistas, pues quien no participa a nivel abstracto o concreto de la voluntad común, ya sea por no poder hacerlo o por no quererlo, evidentemente no puede concurrir a legitimar desde esa vía la intervención como miembro de dicho colectivo. GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), pp. 12 y 13: "Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado". Se asume entonces que en estos casos la justificación de las intervenciones es diversa, debiendo buscarse fuera de los ámbitos de actuación del derecho respecto de los ciudadanos que interactúan en el terreno propio de la defensa del Estado de sus enemigos, mediante el cual, "el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros (con) instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre el y el Estado, y mediante su inocuitación" (ídem, p. 9).

ámbito de la peligrosidad. Ello permite concluir, en primer lugar, que se asume que dichas propuestas no dan cuenta satisfactoria de dicho test de legitimidad. En segundo lugar, que no se considera que el reconocimiento del derecho o principio de igualdad entre sujetos sea postulado en términos absolutos, sin alcanzar de esta forma los límites mínimos asegurable respecto de todos los individuos. "El problema, por consiguiente, estriba en aceptar una visión intrasistemática de la persona: esto es, aceptar que sea el sistema el que determine quién es persona y los presupuestos de la atribución de dicha condición".¹¹⁴

El expediente de la exclusión normalmente asume que, en definitiva, quien es anulado en su personalidad se equipara en cierta medida a un incapaz, al menos desde un punto de vista social, de donde emana tradicionalmente la necesidad de recurrir a un sustituto de la culpabilidad, apareciendo de inmediato la idea de la peligrosidad del individuo como un efecto precisamente extraído de las falencias personales de desarrollo social, que en los ejemplos citados básicamente consisten en una enfermedad o patología, inmadurez, desadaptación social o una condición natural inferior. La peligrosidad sobre dicha base se eleva como una excusa, tal vez casi perfecta, para justificar la intervención.¹¹⁵

Sin embargo, en el desarrollo de Jakobs, la carencia o privación de las titularidades propias de la personalidad que se atribuyen al *enemigo* se traduce en un argumento diverso de aquel que tradicionalmente usa o recurre a la peligrosidad como alternativa de sustento frente a situaciones en las que no puede intervenir de manera directa por la incapacidad. De hecho, a nuestro juicio se obtiene el efecto inverso en tanto el motivo que lleva a deslegitimar al destinatario de la pena, privándolo de su condición de integrante de la comunidad, es completamente diverso, lo que se confirma en los efectos que dicho derecho penal excepcional propone, reconociéndole, en definitiva, una especie de titularidad superior, desde el momento en

¹¹⁴ RAMOS VÁSQUEZ, "Del otro lado del espejo...", cit. (n. 50), p. 98. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 23; "Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico". Asimismo, pp. 25 y 33.

¹¹⁵ Ello confirma que lo relevante a estos efectos es determinar cuándo y en qué manifestaciones se asume como legítimo el recurrir a la peligrosidad como fundamento de complemento, lo que, en definitiva, implica determinar si este criterio legítimamente resulta compatible, cuándo y en qué medida con el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de la persona, en términos que permitan afirmar que no se la está instrumentalizando.

que se asume que sus potencialidades ponen en conflicto real a la estructura, y se le asigna incluso capacidad para desestabilizarla.¹¹⁶ De ahí que este enemigo sea en definitiva considerado *un igual en* relación con el Estado, situado en un plano paralelo a éste y en condición de agresión potencial efectiva.¹¹⁷ Desaparecen por ello las exigencias propias de la actuación en el contexto de un Estado de derecho, en tanto ello es propio del ámbito de desarrollo de los integrantes de la comunidad en ésta. Por el contrario, en este caso se trata de un extraño, un *ente ajeno* a la comunidad. Sin embargo, al reconocer que este *extraño/enemigo* no es persona no puede asumirse que participa. Desde ese punto de vista, no es considerado como un destinatario del derecho, ni puede serlo, con lo cual no puede sino concluirse que no existe un *derecho penal del enemigo*, sino que sus postulados son mero uso de coacción o de fuerza.¹¹⁸

¹¹⁶ Si bien tras el desconocimiento en el enemigo de su condición de ciudadano existe una especie de *degradación*, coherente con el fundamento de exclusión que lo motiva —DÍEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 19—, en los hechos la propuesta obtiene el efecto contrario.

¹¹⁷ Como señalamos, hablar de enemigos es hablar de guerra. Así, al reconocer tras la emergencia al enemigo se concede el estatus, jerarquía y carácter de una contraparte válida, posicionándose a la altura del Estado como interlocutor. FERRALDO CABANA, "Un derecho penal de enemigos...", cit. (n. 11), p. 311. Desde esta perspectiva el argumento necesariamente produce efectos negativos en las condiciones generales de estabilidad y su percepción desde un plano expresivo o simbólico, toda vez que la constatación y consideración de *enemigos*, en los términos expresados, pone en primer plano una señal de advertencia o alerta frente a un potencial riesgo de gran magnitud y que amerita el tratamiento *especial* que se señala en el texto. No se debe olvidar que es usual el señalar que la normativa dictada para tiempos de guerra se encuentra sujeta a la contingencia del triunfo, en tanto se asume que sólo recibirá aplicación aquella que haya sido dictada por el vencedor, contingencia que se transmite a toda la población, aun en planos inconscientes, de manera inevitable. GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), pp. 27 y 40, nota 255. Asimismo, JAKOBS en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), p. 41. Así, es evidente cómo el reconocimiento de *enemigos* por sí solo transmite inestabilidad en un plano sensitivo, con lo cual dicha propuesta no sólo resulta ajena a una fundamentación de la pena de corte preventivo general positivo, sino más bien contradictoria con aquélla. En este sentido, Cancio Meliá en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pp. 94 y ss.; DÍEZ RIPOLES, "De la sociedad del riesgo...", cit. (n. 11), p. 22; GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas...", cit. (n. 24), p. 20. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 81, de manera más explícita: "No parece, sin embargo, que los terroristas, narcotraficantes o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente pretende dirigirse (en relación con el derecho penal del enemigo) se sientan especialmente amenazados por este derecho penal especial sin garantías, ni por ningún otro".

¹¹⁸ Cancio Meliá en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pp. 79 y 89 y ss., especialmente, 99. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. (n. 3), p. 166: "[...] queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el derecho penal

Como señalamos, ello es absolutamente distinto a como sucede en los procesos de exclusión precedentemente aludidos, en los que el argumento de la incapacidad se propuso para habilitar a la actividad del derecho y del Estado, en base a un argumento de peligrosidad, dirigiéndose a sujetos que son miembros de la comunidad, pero considerados incapaces de participar. En sus primeras expresiones dicha privación —o incapacitación— llevó a que en los hechos se anulara la participación, excluyendo —jurídica, social y materialmente, en base a la internación— a *los incapaces*, manteniendo el reconocimiento nominal o formal de una vinculación con el sistema, al menos en tanto referente de protección, ya sea por motivaciones fundamentalmente paternalistas o, en su caso, de necesidad social.¹¹⁹ En la actualidad hay que destacar que más allá de la supervivencia de instituciones y

del enemigo sigue siendo un 'derecho' o es ya, por el contrario, un 'no derecho', una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos". En el mismo sentido, GARCÍA MARTÍN, "Consideraciones críticas", cit. (n. 24), p. 4: "Estas legislaciones, a mi juicio, no pueden ser partícipes de la idea del derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción", pudiendo además a este respecto realzar un paralelo con los medios utilizados por los regímenes políticos totalitarios que tienden a establecer respecto de los disidentes y discrepantes "dispositivos y mecanismos de guerra contra los etiquetados como enemigos". Así, agrega en cita a Hobbes: "De ahí resulta, entonces, que el daño que produzca el Estado a un enemigo no puede ya ser calificado como castigo, sino más bien como actos de hostilidad por medio de los cuales el Estado puede imponer legalmente al enemigo todo el daño que le parezca oportuno, y esto porque al negar su sujeción a la ley un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado, y por tanto sufrirá las consecuencias que se derivan de ser un enemigo del Estado, es decir, que estará a merced de la voluntad del representante. En definitiva, a los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad ya no se les castiga según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos, sino como a enemigos del Estado; y no por derecho de gobierno o de dominio, sino por derecho de guerra" (ídem, p. 17). El propio Jakobs parecería asumir esta consecuencia en tanto sostiene que "quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma"; en JAKOBS, Günther, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. Cancio Meliá, 1999, Ediciones Universidad Externado de Colombia, *Cuadernos de Conferencias y Artículos* N° 22), p. 46. Asimismo, Jakobs en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), p. 33 ("Frente al enemigo el derecho penal es solo coacción física, hasta llegar a la guerra"). Una opinión levemente diversa plantea respecto de este punto MUÑOZ CONDE, *De nuevo*, cit. (n. 24), pp. 75 y ss., quien asume casi como irrelevante el negar a esta propuesta su carácter de derecho, asumiendo que no se trata de "una cuestión de nombres sino de contenidos".

¹¹⁹ Se los reconoce como parte del sistema, pero se los excluye de la participación activa, marginación que incluso físicamente se refleja en la utilización masiva de instituciones de internación.

corrientes de justificación que obedecen a estos conceptos, dichos planteamientos han experimentado una mutación sustancial a partir de la postguerra.¹²⁰ Se tiende al reconocimiento de las diferencias propias de quienes son catalogados como incapaces (por patología, inmadurez, sexo, raza u otro motivo) en un contexto de respeto y reconocimiento del carácter de sujeto de derecho de todo individuo de la especie humana, expresado en ideas referidas a la ciudadanía y la integración.¹²¹ Dicho proceso toma como base el reconocimiento de derechos consustanciales a todo individuo, impulsados en los últimos sesenta años desde el ámbito internacional a través de instrumentos regionales y universales,¹²² constituyendo en los hechos

¹²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad", en *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, IICIJUS, 2005, [http://www.iicijus.com/recibidos/29%20julio%202005/CulpabilidadUru\(1\).pdf](http://www.iicijus.com/recibidos/29%20julio%202005/CulpabilidadUru(1).pdf).. "El planteamiento de la dignidad de la persona, de la autonomía de la persona, es muy posterior a la configuración de estos principios (en relación con aquellos que inspiran la teoría penal o dogmática tradicional); es que frente a los horrores que implicó la Segunda Guerra Mundial se plantearon todos estos aspectos y surge la persona como tal en su dignidad y en su autonomía. Por lo tanto, es una teoría que podríamos decir prederchos humanos. Porque si uno analiza la historia de los derechos humanos, empieza con la Carta Magna, en que solamente algunos son iguales: los pares. Luego, sigue con la revolución francesa, en que solamente es el ciudadano y el ciudadano es el hombre y con bienes. Solo ahora, después de la Segunda Guerra Mundial tenemos que ciudadanos son los niños, las mujeres, los adultos mayores, que son todas las personas".

¹²¹ En este sentido, en el ámbito de la infancia, BARATTA, Alessandro, "Infancia y democracia", en GARCÍA MÉNDEZ; BELLOFF (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (3ª edición, Bogotá, 2004, Temis-Depalma), pp. 37 y ss.

¹²² Cabe recordar que la consagración de los presupuestos liberales da inicio a la formulación de este tipo de instrumentos (piénsese en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789), proceso que se retoma a partir del término de la II Guerra Mundial con el objeto de destacar su contenido material y las exigencias que de ahí se desprenden para los Estados signatarios. Entre ellos destacan en el ámbito universal la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el año 1948; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por resolución 2200A (XXI), de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 y, en forma reciente, la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 53/144, el año 1999 (para un listado completo de instrumentos y declaraciones acordadas sobre la materia véase <http://www.unhcr.ch/spanish/hunl/intinst.sp.hun> o http://www.unizar.es/derechos_humanos/instrumentos.html). En el ámbito regional destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969 (véase el texto en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b32.html>) y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.

una profundización de sus contenidos.¹²³ Desde esta perspectiva, la configuración de argumentos de sustento para la exclusión de enemigos se aparta por completo de este proceso evolutivo, con la agravante de adicionar un componente de relatividad en la definición de quién es persona en términos de participación social.

Así, en estos casos no sólo no se reconoce como base de la exclusión —de por sí indebida, en el contexto actual antes referido— a un argumento de incapacidad, sino que se propone una base de justificación de la marginación derivada de una decisión unilateral, ya sea voluntaria de parte de quien se aparta del sistema —evidenciada en su comportamiento hostil hacia sus bases constitutivas— o, en su caso, emanada del propio sistema que lo *expulsa*.¹²⁴ Sustentar la primera alternativa pasa por asumir como legítima la opción de colocarse fuera del marco del derecho, esto es, en definitiva y, usando un concepto familiar, aceptar o *“habilitar a manifestar una renuncia al contrato social”*.¹²⁵ Con ello se reconoce el derecho a no participar en el Estado y a no someterse al derecho, perdiendo consecuentemente éste todo su imperio, efectos y el sentido u orientación de sus funciones.¹²⁶ Por otro lado, asumir que se puede determinar de

¹²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL, MALARÉ, Hernán, Lecciones de derecho penal (Madrid, 1999, Edit. Trotta), v. I, p. 65: “La evolución de las garantías materiales ha sido larga y dolorosa. Desde la Carta Magna, que sólo la reconoció para los pares, pasando por la Revolución Francesa, que las extendió a los ciudadanos, y finalizando después de la II Guerra Mundial con su reconocimiento a las personas sin otra cualificación. Por consiguiente también al niño, al adulto mujer y al adulto mayor”.

¹²⁴ Como señala GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas...”, cit. (n. 24), p. 5, es esencial resolver “la nada evidente cuestión de si realmente existen enemigos y en caso de que existan el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la detención tanto de quienes podrán ser encuadrados en semejante ‘status’ como de quienes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación”. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *De nuevo...*, cit. (n. 24), p. 71.

¹²⁵ DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo...”, cit. (n. 11), p. 22; del mismo, “El nuevo modelo...”, cit. (n. 8), p. 24 y, especialmente, nota 42; GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas...”, cit. (n. 24), p. 17: “Hobbes tiene por enemigos a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de la naturaleza (...) Los hechos (pecados) que cometen los enemigos constituyen crímenes de lesa majestad, consistentes en dichos o hechos por los que un ciudadano o un súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado”.

¹²⁶ Cancio Meliá en JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *El derecho penal...*, cit. (n. 20), pp. 97 y 98 y nota 68: “(...) 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 se afectan 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

entre quienes participan cuáles de ellos serán considerados como personas no hace más que legítimar una opción de mayorías excluyente, incompatible con el carácter democrático del modelo de Estado que se señala mayoritariamente sostener.¹²⁷ Serían, en dicho caso, las decisiones de mayoría las que se encontrarían habilitadas para acordar una exclusión, lo que resulta inconciliable con un concepto de democracia que no postula un gobierno de mayorías, sino gobierno de todos y cada uno de los integrantes que participan. Contrario a ello, al seleccionar quien es destinatario de esta normativa de excepción, se está, en los hechos, definiendo una exclusión.¹²⁸ Asumimos que el marco básico del Estado democrático de derecho

en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma especial 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 amenazados. 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 atribución. [...] 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”.

¹²⁷ Como señala Muñoz Conde, “en un Estado de derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el enemigo ni nadie puede ser definido como no persona”, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mejer...*, cit. (n. 64), p. 75. De ahí que se afirme, en base a una crítica de neutralidad, la compatibilidad del sistema propuesto por Jakobs con regímenes dictatoriales. RAMOS VÁSQUEZ, “Del otro lado del espejo”, cit. (n. 50), p. 99. Sobre ello, Muñoz Conde señala: “Yo admito que Jakobs puede ser perfectamente un democrata y que su punto de referencia sea el de la democracia de la República Federal Alemana, pero el peligro de esos desarrollos de su teoría es manifiesto y eso debe ser criticado”, MUÑOZ CONDE, en *Conversaciones...*, cit. (n. 33), p. 10.

¹²⁸ Ello ha hecho que se vincule esta fórmula a modelos que sitúan en intereses sociales o comunitarios las definiciones de valor, habilitando a la supremacía de dichas valoraciones por sobre determinados grupos de individuos, afirmación que no nos parece correcta. De hecho, si bien se busca evitar reconocer en el enemigo las condiciones que limitan al actuar del Estado respecto de sus integrantes para lo cual se los excluye, dicho argumento asume implícitamente que no se puede actuar con las herramientas del derecho penal de enemigos en el contexto de un Estado de derecho respetuoso de la individualidad, de donde el planteamiento evidente en una base liberal a nuestros ojos evidente, en tanto la exclusión sería innecesaria en una lógica argumentativa comunitarista, meramente utilitaria y tributaria de fines sociales. La conceptualización como enemigo no hace más que alzarse de plantamientos comunitaristas o de utilidad social, en tanto aun en dicho caso coloca a los intereses sociales o comunitarios al mismo nivel que se le reconoce al enemigo.

imponer exigencias a todas las herramientas sociales que detentan pretensiones de constituir un sistema jurídico y que exceden la sola prescripción de exigencias que sirven funciones de garantía formal (aprobación mayoritaria de la representatividad popular a través de la ley, la certeza de la igualdad en su ejecución, etc.).¹²⁹ Ello, pues nada impide, al menos teóricamente, que los acuerdos de mayoría pasen a llevar o anulen completamente a las minorías, incluso en ámbitos referidos a derechos que en la actualidad son considerados esenciales o consustanciales al ser humano. De esta forma, la igualdad de base, participativa o de acceso, opinión y concurrencia a las decisiones en un régimen representativo, asegura un piso de legitimidad demasiado bajo en relación con potenciales definiciones de mayoría de carácter extremo, que incluso podrían llegar a proscribir (*excluir*) a una determinada minoría. De ahí que los derivados formales del concepto de democracia aparezcan, a nuestro juicio, como insuficientes para configurar un escenario que de suyo pueda ser considerado legítimo para dar lugar a la creación de determinada normativa incluyendo naturalmente a la norma penal, existiendo ejemplos históricos de reciente data de los excesos a que ello puede llevar:

A nuestro juicio, los roles y funciones formales a los que hemos aludido —tributarios de una legitimidad de base fundada en la igualdad, si bien limitada— se obtienen a partir de las exigencias del principio de legalidad, el cual se constituye como un derivado de las indiscutibles reglas que propone la consagración del Estado de derecho, sin necesidad de recurrir para ello a la base democrática o representativa.¹³⁰ Dicha igualdad, para ser realmente efectiva, debe complementarse con exigencias que si emanan del carácter democrático que se reconoce mayoritariamente hoy en día como forma básica de gobierno. Así, al dotar a dicho concepto (la democracia) de contenidos materiales derivados de su propia naturaleza, entendiendo que ésta no exige un gobierno de todas las soluciones controversias

¹²⁹ Así, por ejemplo, entendemos que la garantía democrática de legalidad cumple a nivel abstracto y formal funciones referidas a condiciones de representatividad e igualdad, no obstante lo cual, se muestra como insuficiente para satisfacer materialmente dichos criterios, aun y cuando se vea reforzada por exigencias extraordinarias referidas a mayorías parlamentarias excepcionales en base a las cuales se pueda dar lugar a la creación de legislaciones especiales.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, 1999, Edic. Trotta), p. 115: "Es cierto que históricamente las garantías de estos derechos han nacido y hasta el momento han permanecido vinculadas a la forma —hoy en crisis por arriba y por abajo, debido a los procesos externos de integración supratatal e internos de autonomización regional— del Estado soberano como Estado de derecho. Pero este nexo histórico entre Estado y derechos fundamentales es contingente, porque el paradigma garantista del Estado de derecho es aplicable a cualquier ordenamiento".

por un criterio de mayorías, sino más bien un gobierno de cada uno de los integrantes de la comunidad.¹³¹ Ello pasa por definir el rol y las funciones del Estado no en favor de un colectivo de integrantes sino en función del desarrollo de todos sus miembros, asumiendo que ello conlleva exigencias y restricciones al actuar del Estado representativo, asignándole con ello en forma copulativa o adicional funciones contramayoritarias.¹³²⁻¹³³ Con ello dichas funciones restrictivas emanan —aunque suene contradictorio—, precisamente, del propio reconocimiento del rol participativo individual.

ii) El reconocimiento de la personalidad como absoluto. Por sobre ello, el único punto adicional, entonces, radica exclusivamente en saber si las exigencias del Estado de derecho democrático determinan las relaciones de éste con los integrantes de la comunidad, o constituyen principios absolutos de su actuación, aplicables incluso al ámbito de las relaciones interestatales e in-

¹³¹ Sobre las diferencias entre el concepto de democracia formal y sustancial o material, FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit. (n. 130), pp. 50 y ss.

¹³² FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit. (n. 130), pp. 23 y 24: "Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar (...). Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad (...)". En el mismo sentido se pronuncia en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, 1995, Edic. Trotta), p. 864. Una base limitativa de las potestades de la soberanía del Estado representativo y, en tal carácter, tributaria de la pretensión de cumplimiento de funciones contramayoritarias ya se contiene en la idea, presentada como principio, de la separación de poderes. Expresado en el sistema penal se buscó, sobre esta vía, evitar los excesos del rigor penal por parte del poder ejecutivo o judicial, entendiéndose que éste no puede hacer lo que quiera en tanto se encuentra limitado por la ley, como exigencia del Estado de derecho. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 9), p. 11. Sin embargo, más allá de las exigencias del Estado de derecho y de la separación de poderes, el concepto descrito implica que tampoco el legislador puede hacer lo que quiera, en tanto se encuentra limitado por el concepto material de Estado democrático que obliga a reconocer en todas las condiciones de igualdad y participación, concepto originalmente extraído de la concepción liberal de respeto irrestricto a la dignidad humana. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 9), p. 112. Las derivaciones emanadas del reconocimiento de dicha dignidad conmutal al individuo de la especie humana en los términos referidos se sitúan en el contexto de las proposiciones que formula el liberalismo para definir y configurar los derechos individuales. Se asumen en dicho contexto como principios cofundantes la inviolabilidad de la persona humana, el reconocimiento de su autonomía y de su dignidad.

¹³³ En general, la tarea de control de las funciones contramayoritarias se radica en los controles de constitucionalidad que las diversas cartas fundamentales prevén, diferenciándose modelos que los distribuyen entre los tribunales constitucionales y las facultades de control asignadas al Poder Judicial en lo relativo a dichas materias. Sobre los límites materiales de dicho control en sede jurisdiccional.

ternacionales (del Estado para con los individuos que no forman parte de la comunidad).

Pareciera que una somera revisión de los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos fundamentales, constitutivos del llamado derecho internacional de los derechos humanos, como asimismo el derecho internacional aplicable a conflictos armados (denominado *derecho humanitario*)—relevante a estos efectos atendidas las particularidades que detentan los fundamentos de sustento de la exclusión de los *enemigos*—proponen una consideración del individuo a nivel absoluto, sobrepasando el margen de las fronteras. Ello se evidencia al incluir en sus contenidos prohibiciones a los Estados adherentes de establecer criterios diferenciadores fundados en motivos personales derivados de la raza o la nacionalidad que afecten en su esencia a los derechos que son reconocidos a todos los seres humanos, evidenciando y expresando pretensiones de reconocimiento y aplicación universal.¹⁵⁴ Asimismo, más allá que las potestades de la soberanía reconozcan límites originarios básicos en la extensión territorial natural, las respectivas declaraciones constitucionales no suelen contener exclusiones que permitan establecer criterios de ejercicio diferenciado en atención al origen, raza, condición o nacionalidad del destinatario de la actuación de los poderes públicos, ni

¹⁵⁴ Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 2º, señala: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía". Se refuerza dicho concepto en el art. 7º, que prescribe: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"; por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 1º, bajo el epígrafe "*Obligación de respetar los derechos*", señala: "Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social", asimismo, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señala en su art. 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

siquiera en relación con aquellos casos en que de manera excepcional se habilita al ejercicio de potestades en un ámbito extraterritorial. Muy por el contrario, se suelen incluir prescripciones que expresamente refuerzan la no discriminación y el trato igualitario respecto de cualquier persona. Esta dinámica viene siendo reforzada por el contenido de los instrumentos internacionales referidos, los que, en su mayoría, contienen asimismo un llamado a los Estados adherentes que promueve el compromiso universal respecto del reconocimiento de dicho principio rector expresivo de un contenido de igualdad en las relaciones individuales e institucionales, sin exclusiones de ningún tipo.¹⁵⁵ Expresamente se incluye en ello el debido respeto y deber de reconocimiento de su capacidad y titularidad como sujetos de derechos, lo que pasa por asumirse como integrantes de la comunidad. Así, por ejemplo, el art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*", contentiéndose una disposición similar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).¹⁵⁶ Mal podría entonces arribarse a una condición diferente, como promueve el fundamento de su consideración como *enemigos*.

En el caso de las reglas propias de la guerra,¹⁵⁷ básicamente contenidas en los Convenios de Ginebra,¹⁵⁸ su sola lectura da cuenta de cómo las prescripciones acordadas tienden a procurar conciliar el reconocimiento de las necesidades propias de los conflictos armados (espacio definido por la agresión recíproca), con las necesidades de racionalización y control de todo aquello que pueda ser considerado como innecesario o excesivo en aras de la derrota del adversario.

¹⁵⁵ Resulta especialmente llamativo el texto de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, por resolución N° 53/144, de 8 de marzo de 1999. Baste incluso el texto de su primera disposición: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional" (el destacado es mío), en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument).

¹⁵⁶ "Art. 3º. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

¹⁵⁷ Para un listado de instrumentos, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/hunah/5TD1JA>.

¹⁵⁸ Dichos Convenios fueron elaborados y concordados en la posguerra, formando parte de un proceso de declaraciones universales tendientes al establecimiento de límites absolutos respecto de los poderes soberanos estatales, cuya solidificación se procura por medio de declaraciones y compromisos de adhesión universal.

básicamente referidos a la proscripción de hechos de dañosidad civil —por oposición a militar—,¹³⁹ y al establecimiento de reglas tributarias de contenidos humanitarios en el tratamiento, juzgamiento y sanción de prisioneros de guerra,¹⁴⁰ y en la ejecución de actividades de combate,¹⁴¹ todo ello fundado en el contexto de respeto a las

¹³⁹ En esta dirección encontramos el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

¹⁴⁰ En esta línea se encuentra el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), y el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III).

¹⁴¹ Con ello se busca racionalizar básicamente los medios de agresión o defensa, a efectos de garantizar el uso del mínimo necesario de violencia y efectos destructivos. En ello destacan la *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, de 1980, y sus protocolos facultativos (Protocolo I sobre fragmentos no localizables; Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas, trampas y otros artefactos y su modificación de 1996; Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias; y el Protocolo IV sobre armas láser cegadoras (1995); la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, de 1993; y la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, de 1997. Si uno observa el contenido de estos instrumentos, se puede apreciar —e incluso puede intuirse de la sola lectura de sus títulos— cómo el sentido de esta reglamentación da cuenta de un paralelismo evidente con aquel que subyace a la existencia del control penal. El solo hecho de normar los presupuestos de desarrollo de la guerra, categorizando márgenes de tolerancia y consecuencias asociadas, importa reconocer, en primer lugar, como inevitable su potencial existencia. Dicha opción, evidentemente cargada de un posicionamiento crítico o negativo respecto a su ocurrencia, no por ello desconoce las complejidades del fenómeno y la potencialidad de su presencia en el futuro, asumiendo implícitamente que resulta inevitable. En este sentido, Zaffaroni señala: "Desde la Carta de la ONU la guerra es un ejercicio de poder no legitimado, pero no por ello la guerra desaparece, sino que su consideración como hecho de poder cancela la vieja disputa sobre la guerra justa". Se trata, por ende, de administrar el ejercicio de la violencia en dicho escenario, la que por definición subyace al fenómeno de las agresiones y del combate armado. Haciendo un símil entre la existencia de la pena (y, por extensión, de todo el sistema del delito) con las guerras y asumiendo que constituyen muestras de violencia no evitables, Zaffaroni señala que la pena no es "el único hecho político que hay en nuestro mundo que no puede ser legitimado, (...) Basta abrir cualquier periódico para darnos cuenta de que ahí está la guerra, las guerras, miles de muertos por todos lados, y de entre ellas nos enteramos solo de algunas (...), el hecho es que ahí está la guerra, a pesar de que, si abrimos la Carta de las Naciones Unidas, nos damos

condiciones básicas de la persona humana, con independencia de su origen, nacionalidad o ubicación física.

Con base en todo lo expuesto no creemos que pueda llegar a sostenerse la factibilidad de establecer niveles de participación diferenciados, cualquiera sea el criterio que pretenda justificarlo, y menos aún que se pueda entender que, aun en caso de que ello fuera factible, dichas determinaciones puedan adoptarse por decisión unilateral de un Estado. Ni siquiera en el contexto de la guerra (propio de las relaciones entre *enemigos*) se admite, en instrumentos que dan cuenta de un consenso generalizado. Así, el tratamiento de las relaciones

de que, sobre la base de ese documento, la guerra es ilícita. Sin embargo, ahí está la guerra. Si nos vamos al derecho internacional, nos encontramos con que los convenios de Ginebra establecen que en la guerra a los prisioneros hay que tratarlos de cierta manera, que no hay que bombardear hospitales, que no hay que matar población civil, que hay que intercambiar a los prisioneros de tal manera que han que dárles cierto trato, que hay que recoger a los náufragos del mar cuando se hunde un barco enemigo, etc. Así que cualquiera diría, ¿pero cómo?, ¿se habrán vuelto locos los internacionalistas? Por un lado dicen que la guerra está prohibida, que es ilícita, y por otro lado se ponen a establecerle condiciones a un hecho ilícito. ¿Qué han hecho los internacionalistas? ¿Qué ha hecho la Cruz Roja Internacional? ¿Y la Media Luna? Lo que han hecho es, sencillamente, reconocer que la guerra es un hecho de poder, que ni modo, que ahí está. Así que el derecho internacional humanitario es racional en tanto que trata de usar su poder como agencia internacional —que no es mucho, pero, bueno, es algo— y de administrarlo para tratar de reducir los límites de la violencia de ese hecho que es la guerra y que en sí mismo es incontrollable por medio del propio derecho internacional. La lógica de ese juego sería: "no puedo cancelar este fenómeno que es ilícito, pero si puedo jugar mi escaso poder para tratar de limarle los aspectos más violentos, más inhumanos, más terroríficos". ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión", transcripción del registro original de audio durante el encuentro internacional: "La experiencia del *pentecostismo contemporáneo: aportes y experiencias*, celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en Ciudad de México, en <http://www.carlosparma.com.ar/penzaaffa.htm>. En el mismo sentido expuesto por dicho autor, podemos sostener que algo similar sucede, en el fondo, con la existencia del sistema penal, en tanto todo medio de control importa una cuota insita de violencia —MINOZ CONDI, Francisco; GARLÀ ARJAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general* (5ª edición, Valencia, 2002; Edit. Tirant lo Blanch), p. 31—, que se encuentra dirigido a la restricción de la autonomía individual absoluta. De ahí que con la pena no pueda pretenderse erradicar la violencia, sino administrarla, reservando su uso para el Estado, bajo condiciones normadas. A este respecto Zaffaroni, en cita a Barreto, agrega: "La idea de que la pena es extra-jurídica y tiene semejanza con la guerra no es nueva. En América fue sostenida en el siglo XIX por uno de los penalistas más creativos e intuitivos de ese tiempo, que con toda claridad afirmaba que el concepto de pena no es un concepto jurídico sino un concepto político y agregaba: quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra". ZAFFARONI, *Derecho penal...*, cit. (n. 10), p. 52. En el contexto del presente documento nos ha parecido relevante transcribir, en este caso, las citas completas, por razones que saltan a la vista de su sola lectura.



