

GÜNTER JAKOBS, ¿EL ENEMIGO DEL DERECHO PENAL?

JORGE EDUARDO BUOMPADRE *

VÍCTOR HUGO BENÍTEZ (H) **

“El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Pero se encuentra entonces reorganizado con unos elementos tan fuertes, que se vuelve casi más terrible.”

Vigilar y Castigar, MICHAEL FOUCAULT

Resumen

El llamado “Derecho Penal del Enemigo” propuesto por el Prof. Günter Jakobs recientemente, ha generado en la Doctrina penal internacional una estrepitosa reacción. Empero dicha reacción no ha tenido el efecto esperado; es decir, que los gritos de alarma de la comunidad jurídica se han ahogado en una serie de injustas caracterizaciones hacia la figura del autor más que en una seria alternativa de cambio a un Derecho Penal que se expande impredeciblemente.

Por ello el presente trabajo pretende ser, por un lado, una férrea oposición a dicha teoría, por ser ésta incompatible con el Estado de Derecho, y a su vez la manifestación que el “Derecho Penal del Enemigo” existe, pero que éste no se encuentra personificado en el autor, si no, en las legislaciones marcadas por un excesivo *punitivismo* y por la reducción de las garantías individuales, consentidas o propugnadas desde varios sectores de la sociedad.

This “Criminal Law of the Enemy” (or *Criminal Law for the Enemy*), recently suggested by Professor Günter Jakobs, has generated a defeaning reaction in the international criminal law. But that reaction hasn't had the expected effect; it means, the alarm screams of the juridical

* Profesor Titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (Argentina).

** Auxiliar de Cátedra, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (Argentina).

community have sunk in a sort of unfear characterizations towards the character of the author more than in a real option of changing towards an unpredictable and expanding Criminal Law.

That's why, this article pretends to be, in some way, a severe oposition to that theory, for being uncongenial with the Democratic State, and, at the same time, the expression that "Criminal Law of the Enemy" does exist; althout it is not personified in the author, but in the legislation distinguished for an excesive *punishment* and the reduction of individual guaranties, accepted y proposed from different parts of society.

I. Introducción

Provoca una verdadera reacción alérgica la utilización de algunos adjetivos dentro de la Dogmática jurídico penal actual. Por sobre todo, términos que pretenden hacer ver que la nueva ola de garantismo teórico es en gran medida eso, teoría, al menos por el momento.

Así, y ante el discurso emitido por el ex Profesor de Bonn en 1985 (reformulado o "maquillado" en 1999), se ha categorizado su trabajo, y lo que es peor, su persona, como si se tratara de la viva representación del *enemigo del derecho penal*.

Este *prurito*, que funciona al parecer como reacción defensiva ante ciertos enunciados, no parece adecuarse con la realidad del propio Sistema punitivo actual, el cual —y de esto estamos persuadidos—, tiene más enemigos que los que alcanzó a señalar Jakobs en toda su obra.

Pareciera que a los estudiosos del Derecho Penal actual les queda bien estar ubicados o enrolados en esta *new wave* de protección a los Derechos Humanos, ya que de lo contrario serían mal vistos o catalogados como obsoletos y autoritarios por estar alejados de esta nueva, pero no tan nueva, movida humanística.

Lo que no se denota en el ataque al autor, y transforma las críticas emitidas en un discurso de "mediano alcance", es que la selectividad que realiza el poder punitivo entre *enemigos* y amigos es moneda constante en el mundo actual y que muy pocos alcanzan sinceramente a señalar. Dicho esto, sin que se interprete como una defensa de la tesis de Jakobs, la cual, como se podrá suponer, debe ser rechazada en el marco de un Estado Democrático de Derecho.

Pero este concepto de *enemigo* que hizo cundir el pánico en la comunidad jurídica ha servido de disparador para debates un poco más profundos que las meras declamaciones o adjetivaciones despectivas hacia la persona de Jakobs.

Debemos reconocer, en honor a la verdad, que una lectura superficial del trabajo de Jakobs, generó en nosotros la misma reacción que provocó en los demás colegas la tan mentada “nueva teoría”. Pero al profundizar en el estudio caímos en cuenta que se trata más de prejuicios hacia determinadas conceptualizaciones o caracterizaciones que un verdadero rechazo por la idea madre que se desprende de dicho texto, la cual es —como dijimos— sumamente criticable por cierto, pero no por ello debe dejar de merecer un profundo análisis.

Nadie puede sustentar hoy una concepción anti-garantista.¹ Esto debe quedar bien en claro. Sin embargo, no puede ponerse en duda que “algo” de esta teoría se encuentra contenida en una gran parte de la legislación latinoamericana, en la que se incluye la propia legislación argentina (sobre todo, la de los últimos tiempos). Lamentablemente, estas legislaciones se sustentan en regímenes jurídicos autoritarios o anti garantistas típicos del discurso cool,² y participan de una constante alimentación subrepticia que infla las leyes penales y coarta los derechos y garantías de los ciudadanos.

Esta legislación “diferente” (o para enemigos, o cool), hoy se caracteriza por penas descomunales, y por adelantar cada vez mas el momento consumativo de un delito. Lo real es que el sistema contra el enemigo no diferencia claramente las escalas penales de quien comete el más grave daño (por ej. si deja en ruinas el edificio de la AMIA, con muertos y heridos por doquier) y el que tiene explosivos con los cuales se puede construir una bomba.³

Claramente se identifica cual es hoy en día el discurso que se usa, el que está de moda. El Garantismo actual, sumado el descubrimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha puesto en el “ruido” este tipo de proclama, que endulza el oído de los juristas, aunque no el del ciudadano común.

Nadie se atreve, dentro del ámbito académico, a expresar un criterio que contraría el estado actual de discurso humanístico, y en gran medida es una señal de que los juristas se deben a la Constitución, empero, a veces estos teoremas pretenden esconder una realidad actual que, de no ser por reaccionarios como Jakobs, seguirían bajo un velo de olvido fruto

¹ O, por lo menos, nadie se atreve a mantenerla abiertamente. Porque el anti garantismo sería casi un no ser, o declarar el no Estado de Derecho, es decir el Estado absoluto.

² Véase Zaffaroni Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Bs. As. 2006, p. 77.

³ *Conf.* Aguirre Obarrio Eduardo, “El derecho contra el enemigo”, en *Reflexiones jurídico penales*, Ed. Advocatus, Cba. 2006, p. 207. Véase también sobre el particular, el trabajo de Gracia Martín Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, en www.alfonsozambrano.com; igualmente, en la misma Revista, Lascano Carlos J, “La cruzada de Ricardo Núñez contra el derecho penal autoritario”.

de la adaptación a los abusos del poder que el ciudadano común experimenta y que muchas veces los estudiosos del derecho consienten.

Si se quiere, la teoría Jakobiana, que no es de su autoría pero así la llamaremos por estrictas razones de practicidad, ha despertado un garantismo por vía indirecta. Ha sido por medio de la utilización de conceptos urticantes que se ha desatado una reacción pro Derechos Humanos, pro igualdad ante la ley y *anti* caracterización o búsqueda de *enemigos*.

Pero, lamentablemente, el garantismo traducido en una esperanza de discurso real, no ha podido plasmarse del todo en nuestra legislación positiva que, por el contrario, permite ver cómo se produce una constante *expansión del derecho penal*⁴ a casi todos los ámbitos de la vida ciudadana, lo que es directamente proporcional a la disminución de las garantías traducidas en leyes autoritarias.

Nos parece correcta la apreciación que realiza Muñoz Conde cuando al referirse al teorema de Jakobs señala que su “Derecho penal del enemigo” recuerda mucho al “Derecho penal de autor” que propugnaban los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo si no la “perversión”, “inclinación o tendencia al delito” o “peligrosidad criminal” que pudiera tener su autor,⁵ lo que demostraría su resabio inquisitivo y totalitario contrario al discurso garantista hoy en boga.

Pero también nos parece que a este discurso de Garantismo teórico le viene al dedillo un Némesis del calibre de Günter Jakobs, y así lo ha colocado como *el nuevo enemigo del Derecho penal garantista o humanista* que pretende abrirse paso enarbolando la bandera del otrora positivismo jurídico penal de corte autoritario, que en un análisis menos que superficial se denotara su perenne vigencia.

Cabría, antes de saltar por los aires y emitir epítetos descalificantes, averiguar si realmente el Derecho penal tiene enemigos, y si los tiene, ¿quienes son en realidad? Y sería bueno indagar internamente también si desde el ámbito académico o jurídico, es decir desde nosotros mismos, no hemos propugnado, o por lo menos consentido, la creación de enemigos para un derecho penal que se expande como una epidemia.

El discurso *völkisch*⁶ que señala Zaffaroni, como característica del autoritarismo que pretende un *chamuyo* fácil en busca de un *enemigo*, se asemeja bastante a las críticas que se realizan contra Jakobs, sin siquiera

⁴ Cfr. Silva Sánchez Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, Ed. B de F, Bs. As., 2005.

⁵ Cfr. Muñoz Conde Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 37

⁶ O *populachero*. Consiste —dice Zaffaroni— en alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno. *El Enemigo... Ob. cit.*, p. 56.

indagar la esencia de su discurso y por sobre todo, desconociendo —por muchos— su teoría y obra.

Se han levantado las banderas de un garantismo, que por el momento es sólo de manual, en contra del *enemigo* que se tiene a la mano. Cuando, indudablemente, el camino más directo sería proponer una alternativa teórica y por sobre todo práctica y con la carga empírica necesaria para que la misma no quede estancada en sólo eso, es decir en *pura teoría*.

Pero es ahí donde el garantismo anti-Jakobs encuentra su desequilibrio. Cuando se contrasta el “Derecho penal del enemigo” con la realidad del Derecho penal actual, de su internacionalización, su expansión y constante selección de un *enemigo*, se terminan las críticas coherentes y empiezan los calificativos de otra clase.

Basta sólo poner de resalto que nuestro propio ordenamiento jurídico penal ha recibido los embates de este “Derecho penal del enemigo” sin que se escucharan mas que tibias voces de alarma ante una concreta huida hacia las penas y reformas de puro derecho penal simbólico, efecto éste que se produce, en palabras de Cesano, *no por que las nuevas disposiciones penales creadas resulten aplicables sino, mas bien, por cuanto la dirigencia política las utiliza como instrumento para que los distintos agentes sociales vean su activismo frente al problema*.⁷

La situación actual del mundo, la guerra contra el terrorismo, Guantánamo, cárceles clandestinas como *Abu Grhaib*, la Guerra de Irak y la Teoría del *Derecho penal del enemigo*, se retroalimentan como causa y consecuencia, por lo que averiguar que nació primero sería similar a la insoluble hipótesis del huevo o la gallina.

A partir de estas señaladas atrocidades, que son sólo actuales y ejemplificativas,⁸ la teoría del “Derecho penal del enemigo” se ha desarrollado y elaborado no como justificación dogmática reciente, si no más bien como una mera descripción turística del problema de la violencia instaurada a nivel global. No creemos, aunque conociendo su hipotético origen, que el discurso del *Derecho penal del enemigo* haya generado la escalada de violencia llamada *Guerra preventiva* posterior al 11 de septiembre de 2001, por citar un ejemplo. Y es ingenuo pretender atribuir el análisis a la inversa, o tal

⁷ Conf. Cesano José Daniel, “Introducción al expansionismo penal...”, en *Reformas al Código Penal*, G. Aboso (Coordinador), Ed. B de F, Bs. As., 2005, p. 4.

⁸ No es el fin de este trabajo un análisis histórico del concepto de enemigo, para lo cual recomendamos la obra de Zaffaroni, si no que el enemigo estuvo siempre instaurado por el poder punitivo de turno, Brujas, Mujeres, Judíos, Comunistas, hoy el Terrorismo Islámico Integrado (aunque los prejuicios se extienden a todo el mundo árabe) etcétera.

vez no sea tan ingenuo y por otro lado conveniente a tal o cual discurso garantista *völkisch*.

No ha sido en el comienzo de los tiempos, creemos, que alguien pergeñó una teoría como ésta, si no que fue el desarrollo de las sociedades, y por sobre todo de su sistema punitivo, el que determinó que se creara esta teoría justificante, primeramente como teoría del Estado y más tarde como exclusiva doctrina jurídico-penal.

Pero la pregunta que deviene de este *Derecho penal del enemigo* es, ¿que hacemos con él? Hay simplemente dos hemisferios donde situarnos. Uno sería continuar criticando la teoría Jakobsiana subidos al caballo de un discurso garantista puramente teórico que se diluye al poner un pie en la calle o hablar con el vecino, o, desde otro lado, tratar de analizar cómo podemos adecuar nuestro bienamado discurso garantista y de Derechos Humanos con la realidad que nos demuestra día a día lo puramente teórico de él.

Mejor dicho *debemos averiguar cómo hacer que ese discurso garantista pueda traducirse en acción social eficiente y transformadora y que, de una vez por todas, la realidad se modifique para bien*. La tarea no es fácil ni la solución se puede encontrar en un asadito de domingo entre colegas juristas, pero deberá comenzarse con el primer paso, es decir, tratar con seriedad la terrible expansión del Derecho penal que violenta y quebranta día a día los *principios informadores* de esta ciencia.

La coyuntura es evidentemente el centro de atención en el discurso de Jakobs sobre el *enemigo*, pero necesitamos urgentemente un cambio estructural y profundo de las ideologías que imperan y que son realmente las que buscan un *enemigo* todo el tiempo, y del cual nadie puede sentirse tranquilo hoy en día. Modificar los conceptos autoritarios por otros solidarios sería un buen comienzo, evitando ahogar los esfuerzos en inútiles críticas teóricas, tratando en lo posible que dichos conceptos tales como “lucha”, “eliminación” o “represión” no se superpongan a otros como “elaboración” o “vivir con”.⁹

Criticar a Jakobs como absolutista o anti garantista (que es en esencia lo mismo) es desconocer su obra e imitar al avestruz. La cabeza en un hoyo no hará desaparecer las atrocidades que se cometen hoy en modernos y desarrollados Estados de Derecho. Rescatamos esta reflexión de Zaffaroni: “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad, ha habido muchos y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todos las épocas en el derecho

⁹ Conf. Cesano José Daniel, *Ob. cit.*, p. 8.

penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometen delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del derecho penal y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta s banal o no banal, según el contexto y según las circunstancias (esto no se entiende en una dogmática que sacraliza los roles).¹⁰

Debemos recordar, a quienes imitan al plumífero, que son Democracias evolucionadas durante cientos de años las responsables de las atrocidades actuales. No existe un tirano absoluto que ordene esas violaciones sistemáticas al derecho penal internacional y a los Derechos Humanos, o tal vez sí (Bush, Blair), pero en este caso éstos se encuentran amparados y legitimados por democracias parlamentarias modernas.

Probablemente —como agudamente señala Muñoz Conde—, la novedad de este “Derecho penal del enemigo” al que ahora se refiere Jakobs, es que este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho.¹¹

Las Guerras de Irak, Afganistán, etcétera, no las ha ordenado el dictador de un pequeño país africano, han sido ordenadas por la Democracia más grande y una de las más antiguas del planeta, por lo que resulta evidente una necesaria mirada introspectiva de quienes pretendemos un garantismo real y palpable.

II. Nuestro propio “Derecho Penal del enemigo”

Dentro de nuestro propio entorno cultural, tenemos día a día un *derecho penal del enemigo* que se ha traducido en una verdadera fábrica de leyes. Las últimas reformas al Código Penal argentino promovidas desde el sector *Blumberiano* ha hecho torcer la intención garantista que todos tenemos, y hemos tenido que digerir el mal trago de una técnica legislativa desprovista no sólo de un sentido humanístico sino de toda coherencia dogmática penal. Y por sobre todo, debimos soportar la aplicación indiscriminada que los tribunales han hecho (y vienen haciendo) de la mencionada “actualización” legislativa.

¹⁰ Cita de parte de la conferencia “El derecho del Enemigo”, pronunciada en Mendoza el 19/8/05, citada por Parma Carlos en su trabajo “El enemigo del derecho penal del enemigo”, en www.alfonsozambrano.com

¹¹ Conf. Muñoz Conde Francisco, *Ob. cit.*, p. 27.

Entonces, al parecer, no necesitamos leer a Jakobs o poner en la televisión CNN para descubrir que hay un *derecho penal del enemigo*, debemos dar una vuelta por el barrio (si no vivimos en uno privado, obviamente, aunque tampoco hoy en éstos se está tan seguro) y denotar que a más tardar mañana o pasado ese *derecho penal del enemigo* vendrá a tocar a nuestra puerta.

Nuestra legislación —desde sus orígenes— está plagada de *normas penales para enemigos*, y al momento de la sanción de muchas de ellas, Jakobs era apenas un niño alemán preocupado por cuestiones propias de su edad más que por elaborar (o reformular) esta criticada teoría. Así, por citar un ejemplo, la Ley 13.985/50 en su art. 8º reprimía con pena de 1 a 8 años a “el que por cualquier medio provoque pública alarma o deprima el espíritu público causando un daño a la Nación”,¹² por lo que no logramos entender ¿qué nos provoca tanto resquemor?, si en tiempos no muy lejanos, e incluso hoy día, sancionamos leyes con una marcada tendencia a la selección de enemigos o caracterizadas por un excesivo punitivismo y la criminalización de conductas meramente peligrosas en sentido abstracto.¹³

Últimamente, en nuestro país se ha desarrollado una ola de *punitivismo* marcado por la propia influencia de los medios de comunicación, que ponen “de moda” tal o cual modalidad delictiva. Recuértese sin esfuerzo la ola de “secuestros extorsivos” primero, donde no pocas celebridades sufrieron su embate, “los robos seguidos de homicidio”, “las tomas de rehenes”, “los accidentes fatales de tránsito” etcétera, que marcan la tendencia de alarma social fomentada desde los monopolios informativos, y que deviene, por decantamiento, en una legislación irracional y excesivamente represiva.

Un dato cercano lo representa, a estricto modo de ejemplo, la sanción de las Leyes 25.297¹⁴ y 25.767, que incluyeron al Código Penal los artículos 41 *bis* y 41 *quater*, por cuyas normas se aumentan las escalas penales de todos aquellos delitos en cuya comisión se haya utilizado armas de fuego o se hayan cometido con la intervención de menores de 18 años de edad. Algo similar puede decirse de la ley 25.928, que reformó el artículo 55 del Código Penal, introduciendo —al decir de Erbetta— una modificación que proyecta serias afectaciones a principios de jerarquía constitucional y graves alteraciones e inconsistencias a todo el siste-

¹² Conf. Aguirre Obarrio Eduardo, *Ob. cit.*, p. 211.

¹³ Véase, sobre esta cuestión, Ferrajoli Luigi, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en www.alfonsozambrano.com

¹⁴ B.O. 22-IX-2000.

ma de la Parte General.¹⁵ Dicha *inflación penal* carece del más mínimo sentido técnico legislativo y no reúne un solo ápice de criterio Político Criminal. Por una parte pareció responder a un criterio coyuntural espacial,¹⁶ y obviamente tal postura no condice con ningún postulado científico que justifique la sanción de tal ley.¹⁷

Este paquete de medidas surgidas del famoso “Petitorio Blumberg” resulta, sin duda, una normativa que cumplimenta los caracteres definidos por la doctrina conocida como *Derecho penal del enemigo*, por lo que alarmarnos de lo que dijo Jakobs en tal o cual lejano coloquio es *ver la paja en el ojo ajeno y no la viga en el propio*.

Nadie todavía ha reaccionado contra Blumberg y su comitiva inflacionaria, nadie ha reparado en que en el año 2004 se introdujeron al Código Penal ocho (8) reformas (por sólo mencionar una parte de ellas), todas ellas marcadas por una tendencia al agravamiento de las penas.

Bien se ha puesto de relieve, que dicho petitorio, el del Sr. Juan Carlos Blumberg, y las modificaciones penales que motivó “vienen a reforzar una política criminal que ya se venía ensayando en nuestro país: una sostenida expansión del poder penal del Estado a través del aumento de las penas y de la creación de figuras que relativizan las garantías constitucionales”.¹⁸

Nadie ha salido al choque en defensa del garantismo contra la personificación de *la doctrina de la seguridad nacional* que representa este sector encabezado por Blumberg. Nadie tampoco ha emitido una fundada y enérgica respuesta a la fructuosa oposición *blumberiana* al proyecto de Código Penal de 2006, el cual quedó ya casi en el olvido parlamentario, y que implicó —según nos parece— un retroceso en lo que respecta a la correcta y necesaria actualización y sistematización del catálogo punitivo nacional.

La solución no es la crítica peyorativa al discurso de Jakobs, ni tampoco la mera crítica teórica a una teoría que resulta desagradable al oído pero que es, a su vez, absolutamente comprobable en la realidad. Máxime cuando en nuestras propias narices se sancionan leyes que, en su contenido punitivo, hacen palidecer al propio “Derecho penal del enemigo”.

¹⁵ Conf. Erbetta Daniel, “La reforma al sistema de punición del concurso material de delitos”, *Reformas Penales*, p. 126, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

¹⁶ Legislada para tener un alcance nacional, siendo su causa directa los delitos armados cometidos en el conurbano bonaerense. Cfr. Cesano José Daniel, *Ob. cit.*, p. 27.

¹⁷ *Idem* nota 13.

¹⁸ Cfr. Fortete Cesar, “¿Cuánta punición necesitamos? Sobre el efecto disuasivo del agravamiento de las penas”, *Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal*. 28 de junio de 2004, año I, vol. 20, p. 1268; citado por Cesano José Daniel, *Ob. cit.*, p. 18.

III. La Teoría de Jakobs. Breve crítica

Del trabajo de Jakobs sobre el *derecho penal del enemigo* podemos rescatar aspectos positivos como también encontrar defectos y necesarias reformulaciones. Pero lo que no debemos hacer es emitir descalificaciones hacia su persona porque haremos caer nuestras teorías dentro del sector de las de “mediano alcance”.

El propio autor hace poco tiempo definió, o redefinió, el Derecho Penal del enemigo diciendo que “así como un Estado de Derecho meramente proyectado no aporta de *facto* orientación alguna, tampoco aporta nada un concepto de persona en Derecho meramente postulado; ésta muta mucho más que el peligro que surge de ella...”¹⁹

Esa conceptualización de *persona* en contraposición a *no persona* provoca en el lector un tétrico recuerdo de los más oscuros postulados del positivismo que, en otros tiempos (y también en estos tiempos pero con otro nombre) caracterizó a los sujetos según sus cualidades fisio-biológicas o su peligrosidad. Pero no es difícil notar que el sistema punitivo, que se dice modernizado, continúa, pero con otras víctimas, seleccionando impunemente el objeto de persecución y penalización.

Tampoco podemos —como antes se dijo— imitar al avestruz; debemos, ante todo, revisar la empiria y contraponer ésta con lo expresado; lo que indefectiblemente nos llevará a aceptar que Jakobs no es un mesiánico discípulo de Schmitt,²⁰ ni mucho menos. Sino que al ex profesor de Bonn le preocupa, como a otros, la expansión de este *derecho penal del enemigo*, vívidamente comprobable como existente, por sobre el derecho penal ordinario o de todos los ciudadanos.

Se trata más bien, como ha señalado Polaino-Orts, de motivaciones sensacionalistas derivadas de una terminología quizá provocadora para espíritus especialmente suspicaces,²¹ y no de una crítica seria sobre la realidad palpable caracterizada o señalada por dicho concepto. La realidad debe modificarse y de seguro que así se reformulará el concepto descriptivo.

¹⁹ Prólogo de Günter Jakobs en la obra de Polaino Orts Miguel, *Derecho penal del enemigo, Desmitificación de un concepto*, Ed. Mediterránea, Cba., 2006, p. 17.

²⁰ Véase Zaffaroni *Ob. cit.*, p. 132 y como deja en claro la absoluta coherencia del concepto de enemigo con el de Estado absoluto, coherencia a la que agregamos una absoluta honestidad, cuestión poco vista hoy en día en los discursos académicos y que resulta uno de los mayores aciertos de Jakobs en el tema que se critica. Pero de ninguna manera puede asimilarse la teoría Jakobiana con la Schmittiana, ya que como lo señala el autor, difieren sustancialmente.

²¹ *Conf.* Polaino-Orts Miguel, *Derecho penal del enemigo, Desmitificación de un concepto*, Ed. Mediterránea, Cba., 2006, p. 23.

Se denota la clara exposición que realiza Jakobs de la actualidad del sistema punitivo y de cómo éste selecciona, reprime y cataloga como *enemigos* a determinadas actividades, o mejor dicho, sujetos que realizan acciones entendidas como contrarias a la básica conformación del orden social. La punibilidad de estas conductas en las fases previas de su ejecución caracteriza este tipo de derecho.

En ese trabajo, discutido en *Frankfurt am Main*, alarmaba Jakobs sobre la técnica legislativa, la política criminal, presentes en algunos ordenamientos —como el alemán— de adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por su *enemistad* frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad (denominadas por Jakobs “normas de flanqueo”) que posibilitaban la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico.²²

Lo antedicho nos recuerda las recientes reformas penales introducidas a nuestro Código sustantivo, como Política Criminal “contagiada” de varias legislaciones mundiales sumado al inefable aporte de los medios masivos de comunicación.

Para hacer frente a esta expansión o desborde de este tipo de *derecho del enemigo*, pretende el Prof. Jakobs encapsularlo o encasillarlo en un estanco compartimiento para que de ahí no se mueva o se traslade a todo el derecho penal común, porque si así no fuera, todo el derecho penal común desaparecería contaminado por el del enemigo haciendo fenecer el propio Estado de Derecho.

Este desborde del que Jakobs habla es real, lo vemos cotidianamente, pero debemos criticar ese tipo de solución conformista o que se resigna a convivir con el propio *derecho penal del enemigo* rondando nuestros humildes hogares. No podemos aceptar esta bipolaridad de derechos, es decir una vez que el derecho del enemigo se traduzca en leyes,²³ aceptarlo y pretender hacer un “corralito” de donde no se pueda salir y salpicarnos a los “ciudadanos comunes”.

²² Günter Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Günter Jakobs, Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, Madrid 1999, pp. 295 y ss, citado por Miguel Polaino Orts, *Ob. cit.*, p. 30.

²³ Como lo ha hecho la reforma Blumberg, que ha plasmado en ley el derecho penal del enemigo, y no debemos olvidar los proyectos de ley en danza, como puede ser la esterilización de los delincuentes sexuales, o su sistematización en listas negras llamadas “Registros” que pretenden hoy en día no sólo catalogar condenados por delitos sexuales, sino también a los procesados (con principio de inocencia intacto).

En este aspecto es donde la teoría Jakobsiana desbarranca, ya que pretende que tengamos y aceptemos una especie de *simbiosis* con este *derecho penal del enemigo* (que en realidad dudamos mucho que pueda llamarse derecho, más bien *normas penales para enemigos*) y que miremos agraciados cómo se aplica a tales y cuales sujetos normas especiales y carentes de todo contenido constitucional y humanístico. De ser así deberemos cruzar los dedos para que algún día esas *normas penales para enemigos* no nos seleccionen como su objetivo de represión.

No existe sociedad que soporte esa dualidad de ordenamientos jurídicos, menos aún viendo la experiencia histórica de su aplicación, ya que esto ha sido ensayado en su momento pero con distintos actores jugando el rol de enemigos.

Ya en 1882, en el Programa de Marburgo, por citar un ejemplo, Von Liszt ponía el acento en la persecución de *enemigos* de la sociedad, señalando que tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social... Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre de proletariado, mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social...²⁴

El derecho dividido en ciudadanos e indeseables se remonta a las antípodas mismas de la civilización. Por cierto que hubo otras épocas pasadas en donde se verificó un crecimiento desmesurado del sistema penal. Sin embargo, en muchas ocasiones, este expansionismo respondió a causas muy diversas a las que ahora lo explican.

Pero resulta evidente señalar que siempre ha habido enemigos y siempre, al parecer, los habrá. El desafío es como evitar que esto desborde y se termine legislando de esta manera, es decir, que se termine legislando para enemigos de turno, convenientes a tal o cual discurso autoritario de turno o a distintos intereses económicos o políticos.

²⁴ Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 167, citado por Muñoz Conde F., en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 41-42. Toda la obra citada de Muñoz Conde contiene un catálogo de leyes de la Alemania pre y post nazismo de interesante lectura por su exacta coincidencia con la legislación actual que participa de los caracteres del Derecho penal del enemigo.

IV. El enemigo presente. La situación actual de punitivismo preventivo

Es cierto que, muchos de los casos en que se registraron incrementos legislativos en materia penal se vincularon, en algunos períodos históricos, a la existencia de gobiernos totalitarios que buscaban, en el sistema penal, un instrumento de control político e ideológico.²⁵ Es decir, que la utilización del derecho penal como instrumento de aniquilación o persecución de enemigos pareciera no ser de esta época exclusivamente.

Pero, debemos preguntarnos: ¿resulta diferente la situación actual a la de los gobiernos totalitarios que buscaban en el sistema penal un instrumento de control político e ideológico?, ¿en qué se diferencia esta identificación a la realidad actual?. Creemos entender que existen hoy en día, y en eso ha puesto su mirada Jakobs al señalar un *derecho penal del enemigo*, gobiernos democráticos que pretenden imponer a través del derecho penal, o mediante acciones que el derecho penal consiente, un control ideológico hegemónico; es decir, una *Política Criminal para enemigos*.

¿Qué calificativo le merece al gobierno estadounidense que pretenda transportar su forma de vida *Macdonalizada* a una civilización como la del medio oriente?; la única diferencia entre este gobierno y aquellos que persiguen imponer un plan político-económico hegemónico, es el hecho de que el sistema político tiene una conformación distinta. Empero, las acciones desarrolladas por Bush en la “liberación (invasión) del pueblo de Irak” son similares o peores que las iniciadas por la *Blitzkrieg* de Hitler al invadir Polonia en 1939.

Incluso, el Derecho penal inmigratorio de EEUU, por citar un ejemplo, es absolutamente asimilable al que propugnara Edmund Mezger en los años 30, en una Alemania que despertaba obnubilada a las supuestas mieles del nacionalsocialismo.

Por lo tanto, y en esto queremos redondear la idea, las *normas penales para enemigos* siempre han estado presentes de una u otra forma, vestidas con un traje de seguridad ciudadana, o de necesidad de paz social pero siempre con el mismo fin: el control político e ideológico.

Frente a un panorama como el descrito, debemos indagar de nuevo: ¿quién es el enemigo?, ¿quién es el enemigo del derecho penal?, o si realmente *¿es el derecho penal el verdadero enemigo?* Este juego de palabras no intencionado debería aclarar cual es el verdadero objeto de estudio, es

²⁵ Cfr. Ragués I. Vallés Ramón, “Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal”, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año IV, núm. 6, 2003, p. 240.

decir, ¿qué debemos averiguar o cuál es el verdadero dilema?; y no gastar o malgastar páginas y páginas atacando a tal o cual autor.

Nadie ha hecho, —o, al menos, no nos hemos enterado de ello—, una crítica tan urticante contra Juan Carlos Blumberg como la que se ha ensayado contra Jakobs en su última visita a la Argentina. Es Blumberg, secundado por un Parlamento adicto al poder, por ejemplo, quien ha traído a nuestros códigos la vívida representación de *normas penales para enemigos*. Obviamente que deberemos preguntarnos ¿por qué esa marcada impunidad, de un ciudadano que trae bajo su capa la más acérrima doctrina de la seguridad nacional, empero, disfrazada de seguridad ciudadana? (que en definitiva es lo mismo para quienes conocemos algo de derecho, pero para el ciudadano común, lamentablemente, no resulta tan clara la diferenciación).

Creemos poder ensayar una respuesta del por qué Jakobs si y Blumberg no, por qué se lo critica a Jakobs y no a nuestro vernáculo legislador *sui generis*, la respuesta por simple no deja de ser acertada, simplemente por que es más fácil tener *enemigos* foráneos que locales. Máxime cuando nuestro exponente tiene un claro y marcado manejo de los medios masivos de comunicación con lo cual dispondría de un tiempo prolongado de exposición para contrarrestar, o tratar por lo menos de hacerlo, las críticas que se le formulen. Obviamente es más fácil atacar a Jakobs, quien vive plácidamente en Bonn y que jamás podrá ensayar una respuesta asertiva en un lapso cercano a la crítica recibida.

¡Ataquemos al profesor alemán que seguramente no nos hará caso o no podrá responder rápidamente a lo expresado!; pero dejemos, si se nos permite la ironía, que “los Blumberg” continúen con el cuaderno en la mano controlando los estrados de la Honorable Legislatura Nacional, calificando a tal o cual legislador el sentido de su voto favorable a la propuesta de inflación penal.

Otra vez debemos preguntarnos ¿Quién es el enemigo?, ¿Jakobs con su derecho penal del enemigo (que no es derecho), Blumberg con su reforma mesiánica, o quién? Creemos que la respuesta debe buscarse dentro de nuestros propios espíritus, ya que indudablemente somos nosotros mismos, los “científicos del derecho”, —o pretendidos por lo menos—, con nuestra apatía y conformismo, —quienes a veces concientes, otras inconcientemente—, colaboramos con un derecho penal que crece día a día y se nos está escapando de las manos.

El estado de las cárceles, la falta de oportunidades para una generación completa consumida por el Paco, la delincuencia violenta con autores cada vez más jóvenes, la selectividad del sistema penal, la burocratización e impersonalización del sistema judicial, la ausencia de respeto por la

Constitución Nacional, son algunos de los *enemigos* que debemos combatir con normas que respeten la igualdad y proporcionalidad de la sanción que conllevan como condición de incumplimiento.

Por lo tanto y para cerrar este pequeño opúsculo, debemos reafirmar que amén que la teoría Jakobiana sea criticable y a nuestro entender en gran parte errada, no debe buscarse en su autor el *enemigo* a quien combatir. La teoría que sustenta el Derecho penal del enemigo debe ser rechazada. No tenemos dudas al respecto. Pero, en todo caso, no debemos considerar a Jacobs —insistimos— como el “enemigo” del derecho penal. Ni tampoco debemos saltar por los aires al escuchar o leer lo que el ex Profesor de Bonn nos dice sobre el tema, debemos más bien tomar conciencia y vernos hacia adentro en qué y cómo estamos consintiendo un *derecho penal del enemigo* o, mejor dicho, normas penales para enemigos, en nuestra propia diaria realidad.

V. Conclusión

A manera de colofón podemos decir que a partir de una crítica introspectiva es que podremos cuestionar asertivamente las realidades o doctrinas extranjeras, autores de distintas latitudes o ideologías de corte autoritario. Pero antes de ello pensemos qué tenemos en casa, qué está pasando en la Comisaría del Barrio con el Código Contravencional local, con los Códigos Adjetivos que propugnan una marcada sobrepoblación carcelaria llenas de inocentes (o teóricamente llamados así) o con nuestros tribunales que tratan a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos prácticamente como derecho extranjero.

Es ahí donde debemos centrar el ataque, para poder vencer de esta manera a *nuestro propio enemigo*, es decir *nosotros mismos*.

Fuentes bibliográficas consultadas

GÜNTER Jakobs, CANCIO MELÍA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Hammurabí, 2005.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*, Ed. EDIAR, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. B de F, 2006.

_____, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. JB Editor, 2005.

CESANO, José Daniel, "El expansionismo penal en los albores del siglo XXI", en *Revista Pensamiento Penal del Sur* 1, Ed. Fabián Di Plácido, 2004; y en *Reformas al Código Penal*, G. Aboso (Coord.) Ed. B de F, Bs. As., 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

_____, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, Ed. Hammurabí, Bs. As., 2005,

RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón, "Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal", en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año IV, núm. 6, 2003.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto*, Ed. Mediterránea, Cba., 2006.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, El derecho contra el enemigo, en *Reflexiones jurídico penales*, Ed. Advocatus, Cba. 2006.