

¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

APORTES CRÍTICOS ACERCA DE UN DEBATE DESENFOCADO*

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora.

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

Director de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales.

“Éste es el mejor y más sencillo ejemplo de la Razón Jurídica desviada: el Derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta. ¡Peor para la realidad!”

Alejandro Nieto

“(…) el derecho penal siempre justificó y legitimó el trato de algunas personas como *enemigos*, con mayor o menor amplitud (...) a lo largo de casi toda su historia.”

E.R. Zaffaroni

** Este artículo fue escrito originalmente para el libro que se preparó en Brasil y Alemania en homenaje al Prof. Dr. Juarez Tavares en su cumpleaños 70. Debo aclarar, por lo tanto, que decidí no presentar mi aporte para aquella publicación únicamente como protesta a la deleznable función de **censor** que asumió el Dr. Luis Greco, uno de los compiladores del libro. Quede patente entonces, por este medio, mi enorme admiración, respeto y aprecio por el profesor y amigo Juarez Tavares y, sobre todo, mis felicitaciones por todos estos años de reflexión crítica.

RESUMEN: El llamado “Derecho Penal del Enemigo” se ha convertido en uno de los temas más en boga en la discusión jurídico-penal. Sin embargo, existe una falta de precisión sobre el contenido de significado de este hasta ahora vago concepto. Por ello, el presente artículo tiene como objetivos precisar los principales contenidos de significado que se asignan al término *derecho penal del enemigo*; explicar por qué la discusión en que se introduce el referido concepto está desenfocada; y por qué el concepto en mención, desde mi perspectiva, tiene una escasísima utilidad como instrumento para el análisis en la reflexión jurídico-penal. Finalmente se expone una propuesta para reconducir la discusión.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal del Enemigo, Günther Jakobs,

ABSTRACT: The so-called "Criminal Law of the Enemy" has become one of the most fashionable topics in the criminal law discussion. However, there is a lack of precision about the content of meaning of this vague concept so far. Therefore, this article has the following objectives: specify the main contents of meaning assigned to the term criminal law of the enemy; explain why the discussion in where is introduced that concept is out of focus; and why the concept in question, from my perspective, has extremely little utility as a tool for analysis in criminal legal reflection. Finally a proposal will be discussed to redirect the discussion.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy, Günther Jakobs.

Fecha de recepción: 6 de agosto de 2012.

Fecha de aprobación: 29 de agosto de 2012.

INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS MODAS DE LOS JURISTAS

Como sucede en el mundillo de las prendas, así ocurre en el de los juristas. Allá se ponen de moda algunas ropas, acá algunos conceptos. Pasa entonces que, durante los últimos años, tanto en Europa como en Latinoamérica, se ha instalado la discusión acerca de un concepto en boga¹. Respecto del rumbo que ha tomado ese debate debe decirse que, así como se repara muy poco en la calidad real de lo que se viste, pero mucho en “su marca”, de igual modo pasa que en las discusiones de los abogados muchas veces se emplean “conceptos

1 Sin pretender agotar la amplísima bibliografía surgida de o relacionada con esa discusión, véase, por ejemplo: Aponte, Alejandro. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, en: “Documentos ocasionales”, CIJUS, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1999; del mismo autor: *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano*, Bogotá, 2005; Demetrio Crespo, Eduardo. *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No 14, 2004, pp. 87-116; Gracia Martín, Luis. *Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/redpc>, 7.02.2005; Jakobs, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6>; Muñoz Conde, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal del Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia, 2003; del mismo autor: *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, en: *Revista Penal*, No 16. 2005, pp. 123 a 137; Prittwitz, Cornelius. *Das Strafrecht zwischen Risikostrafrecht und Feindstrafrecht- Aktuelle Tendenzen in Strafrecht und Kriminalpolitik*, conferencia impartida el 29 de setiembre de 2003, en Sao Paulo, Brasil, en el Congreso Internacional del Instituto Brasileño de Ciencias Penales; del mismo autor: *Derecho Penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*, en: Santiago Mir Puig-Corcoy Bidasolo- Gómez Martín, *La política Criminal en Europa*, Barcelona, 2004; Schulz, Lorenz. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende- Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum “Feindstrafrecht”*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, No 112, 2000; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, 2006.

etiqueta”, simplemente porque sí, porque todos los usan. Respecto de esos conceptos de moda, nadie realiza mayor reflexión sobre sus cualidades, su contenido de significado y su consistencia analítica.

Esto es precisamente lo que ocurre con el concepto de *derecho penal del enemigo*: se puso de moda y todo el mundo lo usa, todo el mundo lo muestra, todo el mundo lo exhibe. De este modo, para cualquier problema (pregunta) que se plantee en el ámbito de las disciplinas penales (derecho penal material y procesal, derecho penitenciario, criminología), ahora se intenta emprender su análisis, y proponer su solución, mediante el manido concepto, sin reparar, ni precisar siquiera (porque no interesa, o no conviene) su contenido de significado, ni su capacidad de rendimiento como instrumento para analizar la realidad.

El concepto tiene y es mantenido en tal grado de vaguedad que quien quiera salir bien librado en el foro de los penalistas, puede recurrir a él casi para todo. Ahora todo está bien, o todo está mal (¡!), en el derecho penal, por culpa del “derecho penal del enemigo”. Frente a estas “tendencias de la moda jurídica”, bien se haría en gritar a quienes usan tal “vestido conceptual” -así como lo hizo el niño del cuento de Andersen, con el emperador y su traje -, que no llevan nada sobre sí, al menos hasta que expliquen “de qué está hecho” el “trajecito” que cargan.

Eso es lo que pretendo hacer con el presente aporte. Más concretamente, mis objetivos son bien simples. Básicamente:

1.- Precisar los principales contenidos de significado que se asignan al término *derecho penal del enemigo*.

2.- Explicar por qué la discusión en que se introduce el referido concepto está desenfocada (ya que usualmente gira alrededor de un *falso desacuerdo* (Carrió)) y por qué el concepto en mención, desde mi perspectiva, tiene una escasísima utilidad como instrumento para el análisis en la reflexión jurídico-penal.

3.- Exponer una propuesta para reconducir la discusión.

1.- SOBRE EL CONTENIDO DE SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Un camino adecuado para esclarecer la manera, -incorrecta, desde mi punto de vista-, en que se ha desarrollado la discusión acerca del derecho penal del enemigo es mediante un ejemplo. Recuerdo con particular claridad, el modo en que se suscitó la polémica sobre el tema en el *Strafverteidigertag* en Frankfurt am Main, en Alemania. En el congreso participaba el profesor Günther Jakobs quien, como bien se sabe, defiende esta idea del derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*). Contando con ese invitado, algunos de los profesores del Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho de Frankfurt no desaprovecharon la oportunidad para cuestionar y criticar al referido profesor su propuesta y defensa de un “derecho penal para enemigos”, básicamente por la vergüenza histórica que debía tenerse frente a ese concepto, luego de la trágica experiencia de la Alemania nazi y, fundamentalmente, porque tal modelo contravenía “un modelo de derecho penal democrático”.

La respuesta del profesor de Bonn (aunque, como se verá, marcada por una falacia) me pareció interesante, por provocadora. Jakobs les respondió, en primer lugar que, precisamente, la única manera de salvar al derecho penal del Estado de Derecho, era utilizando, frente a algunos sujetos, un modelo de derecho penal para enemigos. Pero además respondió (ahí estuvo su mayor provocación) que, en todo caso, lo que él proponía que “debía ser”, como derecho penal del enemigo, “ya era”, ya existía desde hacía mucho tiempo atrás, en el modelo de derecho penal de la República Federal Alemana, a lo cual agregaba “*¡ para qué queremos vino, si ya tenemos jugo de uva fermentado !*”².

2 Recupera esta anécdota, en franco apoyo a las tesis de Jakobs: Polaino Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe Existir? ¿Por qué Existe?* En: Jakobs, Günther/ Polaino Navarrete Miguel/ Polaino Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Concepto jurídico penal de acción en la dogmática contemporánea*. Córdoba, Argentina; Editorial Mediterránea, 2007, p126.

La anécdota para el ejemplo no acaba ahí. Para evidenciar algunas de las trampas y deficiencias de la discusión sobre el tema, debo hacer referencia a otro episodio. Días después, en un seminario con dos estimados profesores de Frankfurt, escuché con sorpresa como uno de ellos defendía, a capa y espada, la denominada *custodia en seguridad* (*Sicherungsverwahrung*) del derecho penal alemán³. Lo paradójico de este otro ejemplo es que quien realizaba tal defensa era el mismo que días atrás había manifestado su oposición al modelo de derecho penal del enemigo propugnado por Jakobs.

Es decir, quien cuestionaba a Jakobs por su derecho penal del enemigo, defendía a la vez aquel instituto, plenamente vigente en dicho momento en Alemania⁴, con el que se elimina o suprime, ni más, ni menos que el principio de culpabilidad y responsabilidad penal por el hecho, un pilar básico del derecho penal liberal. Este principio esencial, como claramente se aprecia, se ve sustituido por un criterio de responsabilidad por la peligrosidad de autor. Es muy probable que el profesor de Frankfurt no viera ninguna contradicción entre su oposición al modelo de Jakobs y su defensa de la *custodia en seguridad*, bajo el simple

3 Se trata de un instituto previsto y contemplado en el artículo 66 del Código Penal alemán, mediante el cual se puede ordenar o mantener la privación de libertad (custodia en seguridad) para ciertas personas [imputables] debido a la consideración preponderante de su personalidad peligrosa, e independientemente de que, por ejemplo, ya hayan cumplido el monto de pena por el que fueron sancionadas. El artículo indica, por ejemplo: **“Ubicación en custodia en seguridad. Si alguien es condenado por lo menos a dos años de pena privativa de libertad, por un delito doloso, entonces el Tribunal ordenará, junto a la pena, la custodia en seguridad: 1. Si el autor ya ha sido condenado dos veces, en cada caso a una pena privativa de libertad de por lo menos un año, debido a delitos dolosos cometidos antes del nuevo hecho delictivo. 2. Si una evaluación integral del autor y del hecho arroja que él es peligroso para la colectividad a consecuencia de su propensión a delitos graves, en especial a aquellos mediante los cuales la víctima es afectada psíquica o físicamente de manera grave, o con los que se ocasionan graves daños económicos (...)**”. Así, Schönke, A./Schröder, H./Lenckner T. Strafgesetzbuch Kommentar, München, 27. Auflage, 2006. Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor. La negrilla no está en el texto original.

argumento de que esta no es derecho penal del enemigo, porque está sometida a ciertos límites del derecho penal liberal, como el principio de legalidad y el control jurisdiccional.

A partir de las anteriores anécdotas uno puede hablar, de manera simplificada, de la existencia de dos grandes bandos que pugnan, entre los cuales existe (al menos aparentemente) un desacuerdo. Por un lado los que defienden (expresa y abiertamente) un sistema de derecho penal para enemigos (por ejemplo, Jakobs y algunos repetidores de la Universidad del Externado, en Colombia) y, por otro lado, se encuentran los que dicen que se oponen a ese modelo de derecho penal, esencialmente, porque contraviene un “modelo de derecho penal democrático”, “propio del estado de derecho” o “un modelo de derecho penal liberal constitucional” (ej. los profesores de Frankfurt, numerosos profesores en Latinoamérica.)

Pero no es eso lo que quiero destacar con los ejemplos. Lo que interesa dilucidar, sobre todo, es el significado con el cual utilizaban (y usualmente utilizan) ambos bandos el concepto en mención: ¿De qué hablaban ambos grupos

4 Debe aclararse que en fecha 13 de enero de 2011, en el Caso Haidn Vrs Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos humanos declaró que “Los Tribunales alemanes no deberían haber ordenado la detención de prisioneros con fines preventivos”. De este modo, desarrollando un fallo anterior del 17 de diciembre de 2009, el Tribunal concluyó que la custodia en seguridad vulneraba la Convención Europea de Derechos Humanos en aquellos casos en que se decretaba sin que una persona, previamente condenada y en prisión, hubiese cometido un nuevo delito, y además implicaba una violación ilegítima del derecho a la libertad. El 4 marzo de 2011, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Federal alemán concluyó que todos los preceptos legales relacionados con la custodia en seguridad eran contrarios a la Ley Fundamental alemana. Con esa misma resolución se obligó al legislador alemán para que, antes del 31 de mayo de 2013, creara una regulación legal adecuada al marco de la Constitución. Así, respectivamente: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, informe de prensa No. 16 del 13 de enero de 2011 sobre la sentencia en el caso Haidn vs. Germany; [Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2011 vom 4. Mai 2011, Az. 2 BvR 2365/09 und 2 BvR 740/10 \(Sicherungsverwahrung I\), sowie Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 \(Sicherungsverwahrung II\).](#)

profesores? Es decir, ¿De qué se habla en las discusiones acerca del derecho penal del enemigo? El desacuerdo entre los académicos, y entre quienes quieren tomar partido en la discusión ¿Versa sobre lo que se debería hacer o sobre lo que realmente se hace en un sistema penal determinado?

A partir de estas preguntas se pueden entender algunas de las debilidades analíticas del concepto en estudio y, a la vez, algunas de las deficiencias que, según considero, arrastra la discusión sobre el tema.

1.1. OPCIONES Y DIFICULTADES PARA DEFINIR EL CONCEPTO

Según me parece, en medio de la polémica, y frente al uso extendido que se hace del concepto de moda, un buen punto de partida es dilucidar el significado o, más bien, los significados, que puede tener el vocablo. Para desarrollar adecuadamente una discusión al respecto, ¡y con el fin de saber acerca de que se está discutiendo!, se debería definir el concepto referido. Con ese fin se pueden seguir dos caminos: se puede intentar o bien una definición *léxica*, o bien una definición *estipulativa* (Carrió)⁵, del derecho penal del enemigo.

En el primer caso, con una *definición léxica*, al igual que sucede con los diccionarios, lo que se hace es expresar los usos vigentes del término, esto es, las distintas maneras en que se utiliza el vocablo. Frecuentemente sucede, -y el concepto de derecho penal del enemigo no es una excepción-, que los mismos conceptos tienen los más diversos usos y significados, dependiendo del contexto en que se les utilice.

Frente a un escenario de significados diversos para un mismo vocablo, usualmente se recurre a una *definición estipulativa*. Con este otro tipo de definición lo que se hace es fijar -digámoslo mediante una metáfora-, lo que se hace es “legislar”, un significado específico y preciso para un concepto,

⁵ Al respecto: Carrió, Genaro. *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 4ª edición, 1990.

escogiendo alguno de los múltiples usos que tiene dicho vocablo. Esto sucede constantemente en el derecho en general y en la discusión entre penalistas, en particular; es decir, se legisla o estipula un significado para el concepto de derecho penal de enemigo y se le presenta como el único concepto útil y “correcto”.

Ambos tipos de definiciones se topan con graves dificultades. En este punto quiero detallar las que, según considero, son las dificultades más importantes que emergen al buscar una definición léxica del “derecho penal del enemigo”:

(1.) En primer lugar notaremos, de entrada, que se trata de un concepto compuesto, en el cual las palabras que lo integran (esto es, “derecho” y “enemigo”) y, con ello, el concepto en su totalidad, tienen un carácter abierto, ambiguo o indeterminado. Quiero decir que uno puede identificar, por un lado, una multiplicidad de acepciones para el concepto *derecho*, lo cual implica que el concepto en estudio puede emplearse en muchas de esas acepciones; pero además, por otro lado, sucede que el concepto de *enemigo* también puede ser empleado para designar los más diversos contenidos. Es decir, lo designado como enemigo puede referirse a los más variados sujetos o grupos sociales, sin que estos tengan más atributo en común que su designación como tales.

(2.) Aparte de lo anterior, resulta ser que el concepto de derecho penal del enemigo es utilizado, por quienes participan de la discusión sobre el tema, al mismo tiempo con significados distintos. El propio Jakobs ha empleado el concepto analizado con distintas acepciones a través de los años. Como explica con toda claridad el Profesor Cornelius Prittwitz:

“Jakobs fabricó un modelo de Derecho penal, esto es, un modelo de deber ser, a partir de la descripción crítica de un Estado del ser, de una descripción de la realidad. Según considera, muchos componentes del Derecho penal alemán son Derecho penal del enemigo. Eso fue lo que analizó y criticó en 1985. Pero en

*1999 dijo además que esos componentes también deben ser derecho penal del enemigo*⁶.

Expuesto de otra manera, en el año 1985 Jakobs reintrodujo el concepto en la discusión doctrinal⁷ para *describir* ciertas tendencias, ciertos hechos, que él calificó como derecho penal del enemigo porque en ellos se evidenciaba una restricción o anulación de principios, derechos y garantías básicas, propugnados por la tradición del derecho penal liberal. Sin embargo, con posterioridad, el

⁶ Prittwitz, Cornelius. "Tendencias Actuales del Derecho Penal y de la Política Criminal. El Derecho Penal entre el Derecho Penal de Riesgo y el Derecho Penal del Enemigo". La cita corresponde a la traducción que realicé de la versión original en alemán de este artículo, denominada: "*Das Strafrecht zwischen Risikostrafrecht und Feindstrafrecht- Aktuelle Tendenzen in Strafrecht und Kriminalpolitik*". El manuscrito me fue suministrado por el Prof. Prittwitz, y correspondía a una conferencia impartida el 29 de setiembre de 2003, en Sao Paulo, Brasil, en el Congreso Internacional del Instituto Brasileño de Ciencias Penales. En Costa Rica fue publicada una lamentable traducción al idioma español, en la cual además se introdujeron (sin la autorización del autor) frases y conceptos que no estaban en el original. Esa versión puede verse en: Colecciones Derecho y Justicia, San Joaquín de Flores, Escuela Judicial de Costa Rica, 2009, pp.9-19.

⁷ En todo caso, con su reutilización del concepto, Jakobs no aporta nada nuevo a la discusión. Se trata del eterno dilema de si el derecho penal debe juzgar y sancionar con base en la peligrosidad de autor, atribuida a ciertos sujetos, de si se debe declarar a algunos como "enemigos", suprimiéndoles derechos y garantías procesales y materiales básicos o si, por el contrario, se debe juzgar y sancionar por el hecho ilícito efectivamente cometido por un autor, quien nunca pierde su condición de persona por ello, y para quien nunca deben suprimirse aquellos derechos y garantías. Jakobs cobra notoriedad simplemente porque, para reactualizar esta polémica esencial, utiliza un término considerado "maldito" en Alemania (ipor razones históricas obvias!): el concepto de derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*). Sin embargo, el uso del concepto de enemigo, con aquel fin, no es monopolio ni de los nazis, ni de los funcionalistas radicales como Jakobs. La idea del enemigo ya está presente en los propios filósofos liberales, como Rousseau y Locke. Así lo he mostrado en otro aporte: Chan Mora, Gustavo. *De la Hipocresía del Derecho Tutelar al Cinismo del Derecho Penal para Enemigos. (Políticas criminales Autoritarias y Algunas de sus Manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense)*, en: Derecho Procesal Penal Costarricense, II tomo, San José, Asociación de Ciencias Penales-Colegio de Abogados de Costa Rica, 2007, pp. 1187 a 1244.

profesor de Bonn defendió ese modelo observado en la práctica, y lo retomó en un sentido normativo, o sea, pasó a *prescribir* tal modelo, ahora como un conjunto de principios y normas de deber ser para el tratamiento de ciertos sujetos o grupos sociales mediante el Derecho Penal.

Dejando de lado las objeciones lógicas que uno podría esbozarle al profesor de Bonn, por derivar un sistema de deber ser a partir de datos del ser (falacia naturalista)⁸, el ejemplo me sirve sobre todo para dejar en evidencia que el concepto de derecho penal del enemigo no tiene un significado intrínseco invariable y que en la discusión, por el contrario, el vocablo es empleado, sobre todo, con alguno de los siguientes dos significados:

(A.-) **Como un enunciado normativo**, que implica un juicio de valor. En este caso se presenta al modelo de derecho penal del enemigo como un modelo jurídico-normativo compuesto por reglas discriminatorias. De manera implícita, vale adelantarlo-, con el uso de este significado se nos sugiere que en todo sistema penal basado en los principios del Derecho Penal Liberal no existe un Derecho Penal del enemigo, pero no se nos dice nada sobre las prácticas reales de dicho sistema penal dado. De este modo, el concepto no contiene una aserción de hecho, no suministra ni permite confrontar ninguna información acerca de lo que sucede en los fenómenos reales del sistema penal.

(B.-) **Como un concepto descriptivo**, que contiene una aserción de hecho. En este caso el concepto suministra alguna información sobre determinadas propiedades o atributos de ciertos hechos, a saber, que en la práctica real de un sistema penal dado, para algunas personas o grupos de personas se excepcionan derechos y garantías, tradicionalmente estipulados por el modelo de Derecho Penal liberal constitucional⁹.

⁸ Como lo he hecho en otras ocasiones, conviene recordar que uno no debería derivar postulados normativos de datos de realidad, ni a la inversa, uno no debería creer, ni hacer creer a nadie, que se describe la realidad cuando se pronuncia un postulado normativo. Bueno, al menos no debería hacerlo si se tiene algún interés en evitar vicios argumentativos (falacia naturalista, falacia normativista).

Pues bien, si quienes se enfrascan en la discusión sobre el tema no aclaran expresamente en cuál sentido están utilizando el término, no existe ninguna garantía de que estén hablando de la misma cosa. Debido a esta falta de distinción de los significados del concepto (cuya ubicación es distinta, uno a nivel empírico, otro a nivel deontológico) se confunden los niveles, y el uso del concepto propicia errores en el análisis y la argumentación respecto del tema.

Con esto quiero indicar que puede suceder -y frecuentemente sucede- que, dada la imprecisión intrínseca del concepto, no se sepa si quien formula una crítica al derecho penal de enemigo, lo hace respecto de un modelo normativo, o respecto de lo que sucede en la realidad, en la práctica de un sistema penal ubicado en coordenadas espaciales y temporales concretas. O peor aún, también puede pasar que alguien lance una crítica al derecho penal del enemigo y solamente sea capaz de entender su cuestionamiento respecto de un modelo o sistema teórico-normativo, sin interesarse acerca de la manera en que se trata a las personas (como sujetos plenos de derecho o como enemigos sin derechos) en las prácticas reales de sistemas penales formalmente basados en la tradición jurídica liberal.

Si se opta por ofrecer una definición léxica, debe decirse expresamente que el concepto bajo estudio se utiliza por lo menos con los dos significados antes referidos.

9 En el primer caso, se trata de una proposición en la que se subyace un *juicio de valor*, un axioma, acerca de lo que *debe ser* (y lo que no debe ser), que no puede ser demostrado empíricamente, ni derivado lógicamente. En el segundo caso el concepto es utilizado como una *proposición teórica descriptiva, empírica*, es decir, un enunciado que puede ser demostrado o refutado mediante pruebas o datos: puede refutarse o demostrarse que en las distintas agencias del sistema penal se trata a algunos como enemigos, como no personas, en el tanto que se anulen para ellos ciertos derechos y garantías básicos. Sobre la distinción entre enunciados teóricos, enunciados metafísicos y enunciados valorativos véase: Rùthers, Bernd. *Rechtstheorie*, München, 2007, pp. 69 a 80. Existe versión en español, del mismo autor, *Teoría del Derecho*, México, 2008.

(3.) Finalmente, luego de distinguir los usos que tiene el concepto, puede apreciarse que dicho vocablo tiene una enorme carga emotiva, derivada sobre todo de la palabra “enemigo”. En el lenguaje coloquial “enemigo” es quien nos figuramos que quiere hacernos o nos ha hecho daño, y en el contexto de la guerra, quien debe ser aniquilado o vencido en la batalla. Desde mi perspectiva, esta carga emotiva permite y potencia las siguientes dos operaciones:

(A.-) El uso del término “enemigo” en el derecho penal provoca fuertes reacciones anímicas, sentimientos de desaprobación y de repudio contra aquellos sujetos o grupos sociales que son definidos o designados como tales. Esto genera a la vez una aprobación o justificación profunda (en el tanto que es emotiva o instintiva) de las acciones político-criminales, punitivas, que se emprenden contra quien es designado con ese adjetivo. En particular se posibilita la partición entre ciudadanos (sujetos plenos de derecho) y enemigos (sujetos disminuidos en derechos)¹⁰.

(B.-) El uso que se hace del concepto derecho penal del enemigo permite que el derecho penal liberal sea inmunizado a la crítica. Este es uno de los aspectos que deseo enfatizar con este aporte. Dicha inmunización a la crítica es posible gracias a que la carga emotiva del concepto provoca una partición “bipolar” absoluta, en la cual se presenta del lado negativo (-) al derecho penal del enemigo y del lado positivo (+) al derecho penal liberal. De este modo se presenta la cuestión de la siguiente manera: de un lado está todo lo malo, el derecho penal del enemigo; del otro, todo lo bueno, el derecho penal liberal o democrático.

10 En lo que toca al tratamiento de los sujetos, al igual que sucede con la partición víctima-victimario, la división ciudadano-enemigo aprovecha la carga emotiva (desaprobatoria) del último concepto, con el fin de justificar (instintivamente) una restricción o anulación de derechos para quienes son clasificados como tales. Esto ya lo he expuesto en otra ocasión. Véase: Chan Mora, Gustavo. *El escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales*, en: Cuadernos de Justicia Juvenil, San Salvador, año II, No 4, enero de 2009.

Mi tesis es que esta división presenta por los menos las siguientes deficiencias desde el punto de vista analítico y argumentativo:

(i.) Se olvida la advertencia puntualmente formulada por la sociología jurídica desde hace mucho tiempo atrás, en el sentido de que, independientemente de su promulgación mediante los procedimiento legislativos formalmente establecido (*vigencia formal de las normas jurídicas*), todo modelo jurídico-normativo (y, con ello, todo el conjunto de derechos y garantías que lo integran), siempre va a tener un diverso grado de aplicación en la realidad (*vigencia fáctica de las normas jurídicas*), que puede ir desde su desaplicación absoluta (*derecho de papel, ley en los libros*), hasta su aplicación efectiva (*derecho viviente*)¹¹.

Con esto quiero decir que, aun en sistemas penales en los que se prescriben una serie de derechos y garantías para el trato igualitario de todas las personas, sucede que tales derechos y garantías siempre tendrán distintos grados de vigencia fáctica, de aplicación real. Expuesto en otras palabras, brevemente: Si el modelo normativo penal liberal siempre tiene distintos grados de eficacia o aplicación real en las diversas agencias del sistema penal (policía, Ministerio Público, tribunales, cárceles), resulta ser entonces que, a la inversa, aun en sistemas en que se acepta formalmente el modelo penal liberal, siempre “habitará”, en mayor o menor grado, el trato a algunos sujetos o grupos sociales como enemigos, en el tanto que se les restrinjan arbitrariamente o no se les reconozcan en la práctica aquellos derechos y garantías.

11 El problema de la vigencia de las normas jurídicas y el del pluralismo jurídico son temas centrales de la sociología jurídica. Al respecto, puede verse: Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Controverse (1915/17)*, Baden-Baden, 2003; Ehrlich, Eugen. *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987; Rehbinder, M., *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1986; Pound, R. *Law in the Books and Law in Action* [in American Law Review, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 39-44; del mismo autor, *Introduction* in: Ehrlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick-London: Transaction Publishers, 2009, lxi-lxviii; Robles, G., *Llewellyns Begriff der Rechtsnorm*, in: Drobniq, U. / Rehbinder, M. (editores), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht. Karl Lewellyn und seine Bedeutung heute*, Berlin, 1994, pp. 153-163; Rùthers, Op. Cit., 2007, p. 210, Rn 33; Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, p.19 y sgtes.

(ii.) La división referida carga en sí con la imprecisión de los conceptos a la que ya he hecho referencia. Por ello no se sabe si al hacer la división entre un modelo jurídico penal “bueno” y un modelo jurídico penal “malo”, se hace entre las *prácticas reales* (en que puede constatarse como un dato de realidad el tratamiento de algunos sujetos o grupos de sujetos como enemigos o se constata el tratamiento de todos como ciudadanos) o entre *modelos teórico-normativos* (en que, o bien se propone como *deber ser* ese tratamiento de algunos como enemigos, como no-titulares de derechos, o bien se *prescribe* un tratamiento igualitario (en derechos y garantías) para todos).

De manera que, según propongo, en el fondo, lo que se ofrece con aquella división es una definición persuasiva (Stevenson), con la cual se exalta como ideal al derecho penal liberal, pero de un modo tal que todo lo que se describa como un trato discriminatorio siempre podrá ser definido como o achacado al derecho penal del enemigo. La contracara de esta argumentación es que se divulga la suposición de que en el derecho penal liberal, o en las prácticas en las que se supone que se implementa, nadie es tratado como enemigo, lo cual, desde el punto de vista empírico, es falso, como lo ha demostrado desde hace mucho la criminología crítica.

El problema, como pretendo destacar, es que con la partición arriba expuesta se dirige toda la carga emotiva, desaprobatoria, del concepto “*enemigo*”, solo en una determinada dirección. Con ello se logra, por un lado, que solo sea ese supuesto modelo el que se somete a análisis crítico y, por otro lado, en lo que más me interesa, resulta que mediante esta partición emotiva, todo aquello que no se designa como derecho penal del enemigo, es decir aquel derecho penal liberal “bueno”, se ha venido inmunizando gradualmente a la crítica.

No quiero decir que uno no pueda calificar a los distintos modelos normativos de derecho penal (teóricos y prácticos) como mejores o peores, como buenos o como malos, a partir de algún criterio valorativo fundamental. Lo que pretendo, simplemente, es que se repare en lo siguiente: de repente nos topamos

con que el objeto de análisis de los juristas críticos es, única y exclusivamente, el derecho penal del enemigo. Y peor aún, ahora cada vez que alguien quiere hacer un cuestionamiento crítico respecto de una determinada institución o práctica del sistema penal vigente, le atribuye sus deficiencias a los efectos de ese “demonio”, de ese derecho penal del enemigo. Así se concluye, para ponerlo en claro más gráficamente, que “todo lo malo viene de afuera”.

En esta ruta maniqueísta, ha caído en el más completo olvido la línea de reflexión trazada, por ejemplo, por la criminología crítica o la teoría del etiquetamiento. Lo grave del asunto, es que era precisamente esa línea de reflexión criminológica la que nos había permitido entender más claramente que todo sistema penal construye enemigos, y que la *vigencia fáctica o real* (¡que no la vigencia meramente formal!) de los principios, derechos y garantías del modelo penal liberal, siempre ha estado y estará condicionada por procesos de *selectividad primaria* y de *selectividad secundaria*, con los cuales se define de manera desigual lo que es delito, se define de manera desigual quien es etiquetado como delincuente y, finalmente, se persigue y sanciona penalmente de manera desigual a las personas, entiéndase a los excluidos por el sistema económico social vigente o a los poderosos.

En resumidas cuentas, mediante un intento de definición léxica, nos topamos con que el concepto de derecho penal del enemigo, (1.-) es vago, ambiguo, impreciso, (2.-) tiene usos contradictorios que propician la mezcla y confusión de distintos niveles analíticos (empírico-fáctico y deontológico) cuyo abordaje debe realizarse de manera separada, (3.-) permite y potencia el uso de falacias naturalistas (Jakobs) o normativistas (el estimado profesor de Frankfurt) y, para colmo de males, (4.-) el concepto tiene una enorme carga emotiva, desaprobatoria, de la cual no podrá librarse nunca, con lo que su uso provoca, al menos de manera indirecta, una inmunización a la crítica para el modelo penal liberal y sus prácticas reales de selectividad.

Colocados ante este panorama, se puede caer fácilmente en la tentación de ofrecer una definición *estipulativa*. La definición estipulativa más común del derecho penal del enemigo indica, en términos generales, que se trata de un conjunto de normas jurídicas con las que, por oposición al derecho penal liberal o democrático, para ciertos sujetos o grupos de sujetos definidos como no-personas, se restringen o eliminan una serie de derechos y garantías reconocidos para el juzgamiento y castigo penal de los ciudadanos. El concepto se presenta como útil, esencialmente, porque permite diferenciarlo de otro modelo de derecho penal, proclamado como democrático.

Frente a esta opción diremos que con cualquier definición estipulativa que hagamos del concepto de derecho penal del enemigo se crea la falsa ilusión de que solo ese uso del concepto existe (por ejemplo, para referirse a un sistema de normas jurídicas formalmente vigentes con aquel fin). En otras palabras, toda definición estipulativa del concepto, si se emplea como punto de partida para una discusión acerca del tema, pasará por alto que el concepto no tiene solo uno, sino varios usos, que en el debate se cuelan esos usos y que eso incide en muchas de las confusiones que se presentan en el mismo.

2.- ¿POR QUÉ SE TRATA DE UN DEBATE DESENFOCADO?

Para explicarme diré que, desde mi perspectiva, en el fondo se trata de la misma forma de pseudo-debate que acontece cuando se sostienen las siguientes

posiciones antagónicas (utilizo, con fines heurísticos, una simplificación)¹²: (1.-) Un bando afirma: El principio de igualdad jurídica debe abolirse porque la realidad nos arroja a la cara la existencia de desigualdades materiales, obscenas, entre distintos sujetos y clases sociales. (2.-) El bando opuesto responde: la igualdad existe en la realidad porque así lo dicta el principio recogido en el numeral 33 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Si volvemos al contexto de la discusión con la que inicié este aporte, y en general a la discusión académica sobre el tema, nos encontraremos por lo menos con dos grupos irreconciliables:

12 Mediante la "*Parábola de la Secretaria de Estado*", Alejandro Nieto ejemplifica la manera en que estos engaños y autoengaños de la *Razón Jurídica desviada* seducen a los juristas (iy a los políticos!): "Hace no muchos años a lo largo de una conferencia tuvo ocasión el autor de este libro de demostrar la dependencia política del Tribunal de Cuentas apoyándose en el sistema de designación de sus miembros, en las negociaciones y compromisos de los partidos en las propuestas de sus nombramientos y en una estadística de sus acuerdos en la que aparecía que en los asuntos importantes las votaciones reflejaban la existencia de bloque políticos, habida cuenta de que en los asuntos importantes siempre tenían igual opinión quienes habían sido propuestos por el mismo partido (...). Pero en estos momentos lo que interesa es otra cosa: la intervención de una asistente ilustre (a la sazón Secretaria de Estado, luego Ministra y actualmente Consejera de una Comunidad Autónoma, es decir, representante del pensamiento oficial). Pues bien, dicha señora reprochó al conferenciante el pecado de no haberse leído siquiera («a pesar de ser Catedrático de Derecho Administrativo») el artículo 30.2 de la ley del Tribunal de cuentas en el que bien claro se dice que «los consejeros de cuentas del Tribunal *son* independientes». «Pues si esto dice la ley -argumentó la interpelante- ¿a quién vamos a creer: a una ley democrática y constitucional o a los comentarios de un profesor resentido? Nótese que la ley dice que *son* independientes; no que deben serlo o que procurarán serlo. Luego si así lo dice la ley es que lo son y no hay más que discutir, salvo que queramos nosotros salirnos de la ley: lo que no nos corresponde (...)» Este es el mejor y más sencillo ejemplo de la Razón Jurídica desviada: el Derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta. ¡Peor para la realidad!" Así, Nieto, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, 2007, pp. 35-36. Este defecto en la argumentación, también existe en la discusión acerca del derecho penal del enemigo.

(1.) Unos que le reprocharán a los otros que en su defensa del derecho penal liberal se ciegan a un dato de realidad, como lo es que en sistemas en que rige este modelo también se trata a algunos como enemigos. Quienes asumen esta posición pretenden a la vez elevar ese dato discriminatorio como principio de deber ser.

(2.-) Otros que les responderán a aquellos, que desconocen la distinción entre deber ser y ser, y que ignoran que el derecho penal liberal, a diferencia del derecho penal del enemigo, contiene principios y normas de deber ser que obligan al trato igualitario de todas las personas. Llevada al extremo, esta última posición, cuando se apoya en el contenido emotivo del término, al que ya he hecho referencia, terminará diciendo que el derecho penal liberal (*bueno*) se basa en el tratamiento igualitario de todas las personas y que, por lo tanto, no trata a nadie como enemigo.

Con estos ejemplos espero que quede en claro por qué considero que la discusión sobre el derecho penal del enemigo ha adquirido la forma de un pseudo-debate, en el que subyace un falso desacuerdo: básicamente porque los interlocutores “hablan lenguas distintas”, a pesar de que usan el mismo vocablo. Con ello quiero decir que quienes discuten emplean el mismo concepto “derecho penal del enemigo” con significados ubicados en distintos niveles analíticos. Es decir, (1.-) tanto para referirse a las prácticas o los hechos reales que se suscitan en el ejercicio del poder penal del Estado por todas las agencias encargadas de hacerlo (policía, Ministerio Público, tribunales, sistema penitenciario), como también (2.-) para designar modelos jurídico-normativos, en fin, para hacer referencia a cierto tipo de legislación o parámetro normativo penal.

El modo en que recientemente han decidido discutir los juristas, según creo, adquiere los atributos de un falso debate (o de un debate “desenfocado”) porque esa discusión pasa por un concepto inadecuado o inútil con ese fin. Inadecuado o inútil, precisamente, porque el concepto de derecho penal del enemigo tiene los

atributos de ambigüedad a los que he hecho referencia¹³. En el contexto de la discusión, el concepto se usa para describir lo que se hace en la práctica de un sistema penal dado, pero a la vez es el mecanismo para exponer lo que (dependiendo de la posición asumida frente al juicio de valor inherente) se debe o no se debe normar para la persecución y el juzgamiento penal de los sujetos.

Es decir, el concepto de derecho penal del enemigo permite y potencia la confusión, ya que en el debate se utiliza para refutar lo que *se debería hacer* en un modelo penal, a partir de lo que *se hace* realmente en cuanto a la persecución, juzgamiento y condena penal de las personas (falacia naturalista); y, a la vez, se emplea para exponer lo que supuestamente *se hace* en un sistema penal, a partir de lo que las normas y principios del modelo liberal constitucionalista de derecho penal dicen que *se debería hacer* (falacia normativista).

Expuesto en otros términos, se trata de un pseudo-debate porque, dada la ambigüedad del término aludido, por ejemplo, una de las partes argumenta haciendo referencia a hechos de la práctica punitiva, y la otra le refuta esas afirmaciones haciendo referencia a principios, derechos o garantías normativas del modelo liberal. Esto quiere decir que observaciones o datos de la realidad, se refutan con conceptos normativo-valorativos. Se trata entonces, de una discusión de “ciegos”, desarrollada mediante argumentos ubicados en distintos planos analíticos.

Los equívocos se amplían porque en este último aspecto la carga emotiva del concepto (de la que no logrará librarse nunca) provoca, al menos indirectamente, como resultado extremo, los efectos de inmunización a la crítica a los que he hecho referencia. Así, se termina presumiendo que en todo sistema basado en un modelo liberal constitucionalista de derecho penal nunca se trata a

13 Para poder desarrollar adecuadamente la discusión, es necesario dilucidar los principales significados que se asignan al concepto de derecho penal del enemigo, de lo contrario, como nos previene el profesor Genaro Carrió, puede suceder que uno de los antagonistas use el concepto en un sentido, y otro en otro sentido, con lo que: “*En tal caso, aunque las propiedades que atribuyan a los objetos de que uno y otro hablan sean absolutamente incompatibles, no habrá entre ellos ninguna contradicción. Solo habrá una ilusión de contradicción*”. Carrió, Op.Cit, p. 96.

ninguna persona, ni grupo de la población, como enemigo, relativizando o anulando sus derechos y garantías procesales y materiales.

Por lo dicho anteriormente, considero que nos encontramos frente a un debate esencialmente desenfocado, y que concluyo, además, que el concepto de derecho penal del enemigo tiene una escasísima utilidad para el análisis crítico del derecho penal y para debatir acerca de la formulación de propuestas político-criminales.

3.- ¿CÓMO RECONducIR LA DISCUSIÓN?

La tesis principal que sostengo, por lo tanto, es que la discusión está desenfocada. En mucho esto se debe a que, en los últimos años, el debate está mediatizado por la utilización del concepto en estudio. Se debe reorientar la manera en que se reflexiona sobre el tema. Dada las deficiencias que tiene, y las “inmunidades” que provoca, ese camino debe empezar con la renuncia al concepto de moda.

Me explico: con la discusión acerca del derecho penal del enemigo lo que existe, en realidad, es un desacuerdo acerca de: 1.- La manera cómo *debería* regularse legalmente el procesamiento, juzgamiento y, en su caso, la sanción de las personas en un sistema penal. 2.- La manera en que *realmente* se trata, es decir, en que se procesa, se juzga y, en su caso, se sanciona, a las personas en un sistema penal dado.

Uno no debería refutar, -claro está, sino quiere propiciar un falso debate-, lo que se debería hacer, a partir de lo que se hace, ni tampoco debería discutir sobre lo que realmente se hace en un sistema penal, a partir de lo que las normas del derecho penal liberal, democrático o de base constitucional, dicen que se hace o que debería hacerse. Tampoco debería basarse la discusión en la falsa contraposición entre el derecho penal del enemigo vrs. el derecho penal liberal, sino que debería partir de la adecuada comprensión del problema que subyace en

el fondo de esa discusión. Ese problema debe plantearse mediante dos preguntas clave, que ya he adelantado, las que indican simple y claramente lo siguiente:

(1.) ¿Cuál es el modelo de legislación (procesal y material) correcto (o “justo”, en algún sentido material) que debería existir para procesar, juzgar y sancionar penalmente a los sujetos?

(2.) ¿Cómo se procesa, juzga y sanciona penalmente a los sujetos en la práctica real de un sistema penal dado?

La discusión debe reconducirse entonces, necesariamente, desde dos perspectivas de análisis claramente separadas. La primera pregunta corresponde a una perspectiva de la teoría política y filosófico-jurídica, más precisamente, de la axiología jurídica, cuyo tema esencial versa sobre la distinción de los atributos de un derecho penal “correcto o justo” (*Richtigesstrafrecht*), es decir, cuya reflexión trata sobre los criterios básicos a utilizar para valorar si un modelo jurídico penal es justo o injusto.

En este sentido, desde la segunda mitad del siglo XX, se parte de un axioma heredado de la tradición constitucionalista o la teoría de los derechos humanos: ***todas las personas son iguales y deben ser tratadas como iguales en derechos, por el simple de hecho de serlo***. Este axioma es un criterio

valorativo fundamental¹⁴ para juzgar el carácter justo o injusto, bueno o malo, de un determinado modelo jurídico penal y de sus prácticas. Esto implica que los derechos y garantías, procesales y materiales, del derecho penal liberal deben ser aplicados para todas las personas y, a la vez, que resulta inadmisibles que, mediante la legislación penal, se supriman o excepcionen esos derechos y garantías, para el procesamiento, juzgamiento o, eventualmente, para la condena penal de ciertos sujetos, grupos o sectores de la población.

La segunda pregunta es propia de un acercamiento o enfoque socio-jurídico y criminológico a las prácticas del poder punitivo del Estado. Es cierto que el concepto de derecho penal del enemigo también se emplea como aserción de hecho (como una *proposición teórica descriptiva*), también ofrece alguna información general de que en la práctica, para algunas personas o grupos de personas, se excepcionan aquellos derechos y garantías. Sin embargo, para despejar aquella segunda interrogante planteada, existen conceptos en la sociología jurídica y en la criminología que tienen la enorme ventaja de que son mucho más precisos que el concepto de derecho penal del enemigo, ya que tienen

14 Si este axioma puede fundamentarse o no ulteriormente, es una cuestión básica que se discute en la Filosofía del Derecho y, en particular, en la Axiología jurídica. Así, por ejemplo, algunos seguidores del Racionalismo Crítico dirán que los axiomas valen y punto, por una decisión arbitraria, y que no pueden fundamentarse o refutarse, ni por derivación lógica, ni por demostración o falsación empírica. Otro sector importante, por ejemplo la Teoría Crítica de Frankfurt, en particular el Profesor Axel Honneth con su Teoría del Reconocimiento (*Anerkennungstheorie*), consideran que sí es posible realizar una fundamentación ulterior de este axioma, por ejemplo, mediante argumentos empíricamente constatables. El reconocimiento jurídico, la igualdad en derechos, reafirma en el sujeto su capacidad de imputación como sujeto pleno. Esa forma de reconocimiento, junto a otras formas de reconocimiento (afectivo, de las diferencias), según se ha mostrado mediante numerosas investigaciones empíricas, operan positivamente en la psique de las personas, particularmente, en la formación de sujetos con mayor autoestima y con mayor capacidad de participación política, y en fin, aportan para una mejor vida de los sujetos. En este caso, se trata en realidad de una meta-teoría ética, que pretende ser útil para la valoración de las más diversas instituciones sociales, como buenas o malas, como justas o injustas. Sobre ambos enfoques, respectivamente: Haba Müller, P. *Axiología Jurídica Fundamental*, San José, 2007; Honneth, Axel. *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main, 1994.

fundamentalmente un contenido descriptivo. Por ello, no propician confusiones, ya que su utilización se refiere a lo que se hace realmente en un sistema penal dado, no a lo que debería hacerse. Pero además, estos conceptos, para lo que más importa, no tienen la enorme carga emotiva del vocablo en estudio, ni ocasionan la inmunización a la crítica para ningún sistema penal real, que aquel concepto sí provoca.

Este enfoque se interesará por indagar acerca del grado de *vigencia real* de los principios, derechos y garantías asociados a la tradición del derecho penal liberal constitucional (aceptados como buenos), independientemente de lo que se diga formalmente en la ley. Ello implica -según considero-, que también debería interesarse por indagar los grados y formas de *selectividad* con que aquellos derechos y garantías se aplican o se desaplican, para determinados grupos o sectores de la población en un sistema penal dado.

Mediante los conceptos de *vigencia formal* y *vigencia material* de las normas jurídicas, y mediante los concepto de *selectividad primaria y secundaria (positiva y negativa)*, empleados en las investigaciones de campo pertinentes, se puede indagar en cualquier sistema penal real, sin excepciones, el grado de congruencia o divergencia entre lo prescrito (*vigencia formal*) y lo realmente aplicado (*vigencia material*) en lo que toca a principios, derechos y garantías fundamentales del derecho penal liberal-constitucional, previstos para el procesamiento, juzgamiento y sanción de los sujetos. Pero además, se puede identificar el grado y las formas de selectividad con que esos principios, derechos y garantías, se aplican para distintos sectores, estratos o grupos de la población.

Es precisamente mediante el uso de estas categorías de análisis que, en investigaciones criminológicas o socio-jurídicas, se ha podido constatar que, aun con la vigencia legal formal de un derecho penal liberal-constitucional, en el que rige el principio de igualdad ante la ley, y sin la necesidad de leyes de excepción, en su práctica los sistemas penales tratan a algunas personas y grupos de la

población como enemigos, es decir, excepcionando de facto, derechos y garantías que les corresponden por el mero hecho de ser personas. Pero también se ha podido constatar que dichos sistemas penales tratan a otros sectores de la población como *amigos*...

Me explico de otra manera para no tener que recurrir a un término tan ambiguo. Con la utilización en investigaciones de campo de los conceptos de *selectividad primaria y secundaria positivas*, se ha podido identificar que en la práctica de los sistemas penales las conductas conflictivas de los sectores más carenciados y vulnerables de la población, son definidas más frecuentemente como delito por el legislador, que este prevé para ellos penas más severas, que esos sectores son perseguidos penalmente y definidos más frecuentemente como delincuentes, que para esos sectores se restringen y anulan con mayor intensidad y frecuencia sus derechos y garantías (ergo, que estos tienen menor *vigencia real o fáctica* para dichos sectores), y que sus miembros van a parar más fácilmente con sus huesos a la cárcel.

Pero además, mediante el uso de los conceptos de *selectividad primaria y secundaria negativas*, en investigaciones de campo, se ha podido constatar que, en la práctica de los sistemas penales, las conductas conflictivas de los sectores económicamente más privilegiados de la población, de los grandes empresarios y los políticos por ejemplo, son definidas mucho menos frecuentemente como delitos por el legislador¹⁵ (quien, cuando se decide a hacerlo, prevé para esos comportamientos penas banales). Estos sectores, además, son perseguidos penalmente y definidos como delincuentes con muchísima menos frecuencia. Por

15 Acerca de la *criminalidad de los poderosos y la criminalidad del gobierno*, puede verse: Karstedt, Susanne. *Kriminalität der Mächtigen- Kriminalität der Macht*, en: *Kriminalität der Mächtigen*, Cornelius Prittwitz (Editor), Baden-Baden, 2008, pp.9-28; Blankenburg, Erhard. *Korruption und Skandal: Zwei Seiten derselben Medaille*, en: *Macht und Recht. Festchrift für Heinrich Popitz zum 65. Geburtstag*, Opladen, 1990, pp141-154; Prittwitz, Cornelius. *“Regierungskriminalität” und “Kriminalität der Mächtigen”*, en : *Kriminalität der Mächtigen*, Ibid, pp.185 a 199.

ambos motivos, es mucho más difícil que se restrinjan sus derechos y garantías fundamentales o que sus miembros sean encarcelados¹⁶.

CONCLUSIÓN

Desde mi perspectiva, la reflexión acerca del derecho penal del enemigo puede servir, a lo sumo, para distinguir que en el nivel normativo (no empírico) y en el de la reflexión jurídica, existen por lo menos dos grandes modalidades, una ideológica y otra tecnocrática, de legitimación de las prácticas penales.

La primera modalidad de legitimación del poder punitivo del Estado dice que para el juzgamiento penal de todas las personas deben cumplirse ciertos derechos y garantías básicos. No obstante, con esta modalidad usualmente se ejecuta una enunciación ontologizante de aquellos derechos y garantías previstos por la tradición penal liberal, mediante la cual se oculta o distorsiona (en el sentido marxista tradicional de ideología), lo que sucede en la práctica real de los sistemas penales, en lo que toca a la *vigencia fáctica* de dichos derechos y garantías. Así, el derecho, entendido como ciencia del derecho o reflexión jurídica, se desentiende de esa realidad. El castigo penal se legitima acá diciendo que hace algo, que en la práctica no ejecuta.

Con la segunda modalidad de legitimación (que subyace en el discurso de quienes pregonan abiertamente un derecho penal para enemigos) se afirma, abiertamente, que esos derechos y garantías de la tradición penal liberal no deben regir para algunos (porque no son personas, o son menos que ciudadanos) y se presenta esa decisión, ese objetivo discriminatorio, como bueno o correcto. El

16 Un claro ejemplo de *selectividad primaria negativa*, se encuentra en el reciente intento de algunos legisladores costarricenses para modificar la Constitución Política con el fin de asegurar la inmunidad (impunidad) de por vida para los miembros de los supremos poderes. Eso implicaría sustraer de toda persecución penal a estas personas en caso de que hubieran cometido delitos en el ejercicio de sus funciones, en puestos de gobierno. Así: diario La Nación, 30 de marzo de 2012, <http://www.nacion.com>.

castigo penal se legitima en este caso diciendo que algo que ya se hace y siempre se ha hecho (con distinta intensidad y frecuencia) en la práctica de los sistemas penales (tratar a muchos como no personas, restringiendo o anulando arbitrariamente sus derechos fundamentales) es bueno o justo.

Aparte de lo anterior, el vocablo derecho penal del enemigo no pasa de ser un concepto inútil de moda, con cuyo uso se pierde mucho más de lo que se gana en la reflexión o teorización de la ciencia jurídico-penal. El derecho penal, entendido en su práctica punitiva, y eso incluye las prácticas del modelo penal liberal constitucional, en sus distintas agencias (policía, ministerio público, tribunales, sistema penitenciario) siempre ha tratado, y sigue tratando, a algunos sujetos y grupos sociales como no personas, es decir, como sujetos que no son titulares de derechos o para los que se restringen arbitrariamente sus derechos y garantías. Para hacerlo no ha necesitado nunca de la declaración expresa, mediante leyes, de esos sujetos como enemigos. Esto es evidente y notorio, por ejemplo, en el caso las personas privadas de libertad en el sistema penitenciario costarricense¹⁷. No sobra decir, además, que en la realidad de los sistemas penales latinoamericanos, formalmente liberales, se pueden encontrar ejemplos atroces, que rebasan en mucho lo propuesto por Jakobs, para la anulación de algunos sujetos o grupos sociales como personas.

No obstante, si se acepta el axioma de la igualdad de derechos, de la igualdad ante la ley, como justo, o como un avance o progreso en la teoría política y en el derecho penal, entonces uno debería concluir que el reto radica no sólo en valorar a partir de ese criterio fundamental, si lo que se propone en las leyes penales para procesar, juzgar y sancionar a las personas, es o no correcto, sino también en fijar con que intensidad y extensión, con qué grado de *eficacia real*, se

17 Acerca de la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos en la propia Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, puede verse: Chan Mora Gustavo y García Aguilar Rosaura. *Los derechos fundamentales tras los muros de la prisión*, San José, Conamaj, 2003.

aplican aquellos derechos y garantías en la práctica de todas las agencias del sistema penal.

Esto último solamente se puede lograr mediante investigaciones de campo, socio-jurídicas y criminológicas, idóneas al efecto. Es en esa realidad empírica que se debe identificar si existen o no (¡en Costa Rica, o en cualquier país del mundo!), y en qué grado, prácticas punitivas con las que se trata a algunas personas como enemigos. Pero no sólo eso. También se debe esclarecer, mediante las investigaciones de campo pertinentes, si existen o no, y en qué grado, en el plano legal y en el de la práctica punitiva, procesos de selectividad primaria y secundaria negativos, o sea, procesos mediante los cuales se sustrae de la persecución penal a los miembros de ciertos grupos de la población, por el solo hecho de serlo, e independientemente de que hayan cometido delitos.

Esos son dos de los principales objetivos que, desde mi perspectiva, debería tener la ciencia penal crítica en el actual momento histórico. Por una parte, saber si en las prácticas del sistema penal se trata y, en su caso, a quiénes se trata, como no personas. Pero también, por otra parte, identificar si en la práctica de sus agencias, existen procesos con los que se evita que ciertos comportamientos extremadamente lesivos de los poderosos sean definidos como delitos y mediante los cuales no se persigue y no se quiere juzgar penalmente a esos sectores de la población.

En síntesis: creo que se debe dejar atrás esa dependencia en la que se ha caído respecto del concepto de derecho penal del enemigo y también propongo que se debe superar la bipartición que su uso promueve, con la que se inmuniza a la crítica al modelo penal formalmente vigente. En lugar de ello, se debe precisar con datos concretos, y no con base en presunciones o falacias normativistas, en qué medida se ha permitido que en la práctica de las distintas agencias del sistema penal se trate a algunos como no personas y en qué medida también habita en esas agencias un *derecho penal para los amigos*, esto es, un derecho penal incapaz de definir como delito conductas extremadamente lesivas de

empresarios y políticos corruptos, un derecho penal que procura no levantar inmunidades y que es capaz incluso de maniobrar para torcer el principio de legalidad, con el fin de propiciar interpretaciones insostenibles (nunca antes vistas, ni en la jurisprudencia, ni en la dogmática penal nacional o extranjera) para los escasos tipos penales que permitirían la persecución y sanción penal de los comportamientos lesivos de los poderosos.

Esa actitud de cuestionamiento, de indagación, acerca de lo que realmente sucede en la práctica del derecho penal, esa y no otra, es la actitud correcta del librepensador. Debemos asumir entonces, nuestro papel como cazadores de mitos¹⁸, rechazando y criticando las fantasías, creencias e invenciones de los juristas, aún cuando eso nos cueste, como nos previno alguna vez el profesor de Frankfurt Rudolf Wiethölter¹⁹, un enorme desencanto con el mundo del derecho...

BIBLIOGRAFÍA

Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993.

Aponte, Alejandro.

-Guerra y Derecho Penal del Enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia, en: "Documentos ocasionales", CIJUS, Universidad de Loa Andes, Bogotá, 1999.

18 Tomo la hermosa expresión acuñada por Norbert Elias para referirse al papel que debería cumplir el científico social, y con ello, el sociólogo del derecho, como cazador de mitos, esto es, develando cuando las representaciones o las especulaciones metafísicas de algunos grupos (como el de los juristas) no se corresponden con la realidad. Así: Elias, Norbert. *Was ist Soziologie?*, München, 3. Auflage, 1978, pp. 51 a 60.

19 Véase: Wiethölter, Rudolph. *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1968, pp. 12-41.

- *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano*, Bogotá, 2005.

Blankenburg, Erhard. *Korruption und Skandal: Zwei Seiten derselben Medaille*, en: Macht und Recht. Festschrift für Heinrich Popitz zum 65. Geburtstag, Opladen, 1990.

Carrió, Genaro. *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 4ª edición, 1990.

Chan Mora, Gustavo.

-y García Aguilar, Rosaura. *Los derechos fundamentales tras los muros de la prisión*, San José, Conamaj, 2003.

- *De la Hipocresía del Derecho Tutelar al Cinismo del Derecho Penal para Enemigos. (Políticas criminales Autoritarias y Algunas de sus Manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense)*, en: Derecho Procesal Penal Costarricense, II tomo, San José, Asociación de Ciencias Penales-Colegio de Abogados de Costa Rica, 2007.

-*El escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales*, en: Cuadernos de Justicia Juvenil, San Salvador, año II, No 4, enero de 2009.

Demetrio Crespo, Eduardo. *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, No 14, 2004.

Ehrlich, Eugen. *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987.

Elias, Norbert. *Was ist Soziologie?*, München, 3. Auflage, 1978.

Gracia Martín, Luis. *Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"*, en: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/redpc>, 7.02.2005.

Haba Müller, P. *Axiología Jurídica Fundamental*, San José, 2007.

Honneth, Axel. *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main, 1994.

Jakobs, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6>.

Karstedt, Susanne. *Kriminalität der Mächtigen- Kriminalität der Macht*, en: *Kriminalität der Mächtigen*, Cornelius Prittwitz (Editor), Baden-Baden, 2008.

Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Controverse (1915/17)*, Baden-Baden, 2003;.

Muñoz Conde, Francisco.

-*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal del Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia, 2003.

-*De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, en: *Revista Penal*, No 16. 2005.

Nieto, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, 2007.

Polaino Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe Existir? ¿Por qué Existe?* En: Jakobs, Günther/ Polaino Navarrete Miguel/ Polaino Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Concepto jurídico penal de acción en la dogmática contemporánea*. Córdoba, Argentina; Editorial Mediterránea, 2007.

Pound, Roscoe.

-*Law in the Books and Law in Action* [in *American Law Review*, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993.

-*Introduction* in: Ehrlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New Brunswick-London: Transaction Publishers, 2009, lxi-lxviii.

Prittwitz, Cornelius.

-*Das Strafrecht zwischen Risikostrafrecht und Feindstrafrecht- Aktuelle Tendenzen in Strafrecht und Kriminalpolitik*, conferencia impartida el 29 de setiembre de 2003, en Sao Paulo, Brasil, en el Congreso Internacional del Instituto Brasileño de Ciencias Penales.

-*Derecho Penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*, en: Santiago Mir Puig- Corcoy Bidasolo- Gómez Martín, *La política Criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

-*“Regierungskriminalität” und “Kriminalität der Mächtigen”*, en : *Kriminalität der Mächtigen*, Cornelius Prittwitz (Editor), Baden-Baden, 2008

Rehbinder, Manfred, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1986.

Robles, G., *Llewellyns Begriff der Rechtsnorm*, in: Drobnig, U. / Rehbinder, M. (editores), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht. Karl Lewellyn und seine Bedeutung heute*, Berlin, 1994.

Rüthers, Bernd.

-*Rechtstheorie*, München, 2007.

-*Teoría del Derecho*, México, 2008.

Schönke, A./Schröder, H./ Lenckner T. *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 27. Auflage, 2006.

Schulz, Lorenz. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende-Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum “Feindstrafrecht*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, No 112, 2000.

Wiethölter, Rudolph. *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1968

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, informe de prensa No. 16 del 13 de enero de 2011 sobre la sentencia en el caso Haidn vs. Germany.

[Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2011 vom 4. Mai 2011, Az. 2 BvR 2365/09 und 2 BvR 740/10 \(Sicherungsverwahrung I\), sowie Az. 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 \(Sicherungsverwahrung II\).](#)

Diario La Nación, San José de Costa Rica, 30 de marzo de 2012, <http://www.nacion.com>.