

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: GARANTÍA
ESTATAL DE UNA «LIBERTAD REAL» DEL
CIUDADANO.
UNA GLOSA A MIGUEL POLAINO-ORTS***

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn

ABSTRACT: *The doctrine of Enemy Criminal Law is nowadays being discussed within Criminal Law Dogmatics. It has been submitted to an ideologycal mythification process that has not scarcely difumined its scientific lines. The two present contributions connect Enemy Criminal Law with Ruling of Law and authentic legitimacy. These locate its discussion away from the Political Correctness abstractions. Both repel other ideology-based, aprioristic, scientifically unsound criticisms, such as the one that defends an intrinsic illegitimacy of Enemy Criminal Law on the presumption of its being a Criminal System of Authors.*

1. En su diálogo sobre la religión natural destacó David HUME que cada pregunta filosófica que el hombre no pudiera responder de un modo racional, sin embargo, puede encontrar una respuesta racional por medio del *diálogo*. Mediante el diálogo «los hombres racionales pueden permitirse opiniones absolutamente divergentes donde inclusive nadie pueda sentirse seguro de un modo racional» (1). Pero el diálogo puede tener de todo, menos racionalidad, cuando a la pregunta de un interlocutor, que toca el núcleo donde los demás interlocutores no se sienten seguros de encontrar una respuesta razonable, se responde con una diversidad de opiniones, incluso lindantes con los agravios, sin resolver racionalmente el centro de la cuestión. Y esto está sucediendo exactamente con

* Este trabajo constituye una recensión a la obra de Miguel POLAINO-ORTS titulada *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Prólogo de Günther JAKOBS, Editora Jurídica Grijley, Lima (Perú), 2006, 316 páginas.

(1) HUME, David, *Dialogue über natürliche Religion*, trad. Norbert Hoerster, Stuttgart, 1981, pág. 4.

las respuestas dadas hasta el momento a la explicación de Günther JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo. En efecto, no deja de producir cierta perplejidad que, al menos en nuestra Latinoamérica, se hayan ofrecido, por lo general, contestaciones de corte político, emocional, acientífico o —incluso— panfletario a unas reflexiones de carácter *ius-filosófico* y *jurídico-penal* acerca de cómo se garantiza al ciudadano el disfrute de una *libertad real* en un mundo en funcionamiento como el actual, propio de los modernos Estados democráticos occidentales, máxime cuando —como acontece hoy en día— los seres humanos están expuestos cada vez más a las devastadoras desgracias del terrorismo nacional e internacional.

En este desierto ayuno de racionalidad aparece, como un oasis de regeneración científica, la obra de Miguel POLAINO-ORTS, quien retoma el diálogo iniciado por su maestro JAKOBS, elevando a principio fundamentador de todo su discurso el diálogo racional en el sentido de HUME. La forma en que POLAINO-ORTS arriba a esa racionalidad es todo un ejemplo de precisión y seriedad científica: ahuyenta los falsos mitos, las utopías irrealizables del concepto de Estado de Derecho, ofreciéndonos una fundamentación anclada en el funcionamiento *actual*, esto es, *real*, de los ordenamientos democráticos vigentes.

2. Un ejemplo trivial sirve para demostrar que la explicación de la presente problemática sólo puede darse de una manera racional. Por el hecho de que exista una norma que prohíba robar, que castigue al ladrón incluso con penas severísimas, las personas no se van tranquilamente a la cama en las noches sin antes asegurar bien sus puertas; no, al menos, en muchos lugares del Perú. ¿Pero por qué tiene que aportar el ciudadano por sus propios medios un plus al déficit de protección normativa? ¿Acaso las normas no brindan la seguridad completa? Que hoy por hoy —sólo por mencionar el caso limeño— muchos ciudadanos se vean en la necesidad de asegurar sus casas durante la noche con candados, cadenas, dispositivos eléctricos variados, incluso mediante el bloqueo de calles con rejas de hierro a fin de impedir el ingreso de sujetos peligrosos a la vecindad, demuestra que no basta confiar en la vigencia de las normas para obtener un máximo de seguridad que posibilite al ciudadano su *libertad* de convivir y desarrollarse en sociedad. La realidad de los contactos sociales enseña que las normas brindan, en efecto, una protección al ciudadano, si bien no agotan en términos absolutos la *protección real*. Pero, al mismo tiempo, salta a la luz que las normas rigen a pesar de no poder cubrir esa porción en la que el ciudadano mediante otros meca-

nismos, netamente cognitivos, procura su seguridad. Esto es así porque las normas rigen, de una parte, de un modo *contrafáctico*, garantizando las expectativas de la persona, por ejemplo, de poder dormir de todas maneras confiando en la existencia de normas que protegen su derecho de propiedad, pero, de otra parte, en determinados contextos las normas requieren además de un aseguramiento cognitivo a fin de cimentar su función de *orientación confiable de conductas*. Por esta razón la protección de la persona mediante normas requiere necesariamente de una vigencia *contrafáctica* y de un *aseguramiento cognitivo* adicional que complete el déficit de protección no alcanzado por la vigencia *contrafáctica* de la norma.

3. Vista la cuestión en un ámbito mucho más amplio y complejo se tiene lo siguiente: las normas de carácter general que protegen el *sistema* de convivencia de las personas en sociedad (mediante el Derecho penal «del ciudadano») requieren también en determinados contextos *excepcionales* de un aseguramiento cognitivo (aportado por el Derecho penal «del enemigo»). Sólo de este modo el Estado de Derecho y su pretendida protección de la libertad del ciudadano alcanza una *vigencia real* y no meramente ideal. La alusión a una *vigencia real* del Estado de Derecho excluye de plano la pretensión de lo imposible, de lo utópico, de lo ingenuo, al querer, por ejemplo, combatir exitosamente el terrorismo con instrumentos ideales o «políticamente correctos» que no se dan en la práctica. Justamente por que el terrorista acciona atacando las bases del sistema, sin reconocerse como parte de él, el Estado lo combate mediante reglas prácticas y no precisamente perfectas, como sucede, por ejemplo, con el adelantamiento de las barreras de punición en los llamados *delitos de estatus* al declarar punible la *pertenencia a organizaciones terroristas* (2).

La regla general en el Derecho penal es que el ámbito de lo punible comienza a partir de la tentativa de un delito, pero mediante el castigo de la afiliación a organizaciones terroristas se establece una *excepción* a dicha regla: el «solo hecho de pertenecer» a una organización terrorista, incluso antes del inicio de una tentativa, reúne para nuestro ordenamiento jurídico el significado de una *perturbación del orden social y la tranquilidad pública*. El Estado adelanta aquí las barreras de punición con la finalidad de neutralizar el peligro. Puede que la determinación de la frontera de lo punible quede vaga, pero nadie discutiría que una intervención

(2) Art. 5, Dec. Ley 25475 del Perú.

penal en este contexto goza de una objetividad práctica y de legitimación social: ¿Se tendría que esperar el derramamiento de sangre para que el Estado recién pueda intervenir? La respuesta surge evidentemente de la propia sociedad: ¿No es legítimo acaso que el Estado procure la máxima protección *posible* de la sociedad? Si en el supuesto en mención tuviera que respetarse rigurosamente la regla general de que los actos preparatorios en el terrorismo no son punibles, la solución sólo rendiría culto a una dogmática jurídico-penal extremadamente formal e impracticable, desprovista por completo de realidad y eficacia. La pretendida validez de una dogmática jurídico-penal meramente formal sólo sería posible en un mundo ideal o de «ángeles», mas no en una sociedad conformada por personas de carne y hueso o simplemente «seres mortales».

Ciertamente la tipificación del delito de pertenencia a organizaciones terroristas no es el único caso de cómo los Estados democráticos procuran un aseguramiento cognitivo en aras de posibilitar al ciudadano fiel al Derecho el disfrute de una libertad real. La *asociación ilícita* (3) responde también a la estructura del aseguramiento cognitivo, pues no es necesario siquiera constatar los actos preparatorios, sino que basta el solo reunirse con la finalidad de cometer delitos. Las normas que protegen al ciudadano reciben, de este modo, un aseguramiento cognitivo adicional, mediante el adelantamiento de las barreras de punición. La sociedad legitima la injerencia estatal sobre la libertad de reunión cuando el contexto no tiene otro significado que el de estar «destinado a cometer delitos». El aseguramiento cognitivo de las normas del ciudadano no es empero un producto creado por el Estado, sino una exigencia que surge de los propios contactos sociales entre ciudadanos. Como el déficit de protección de la norma en estas situaciones es de carácter cognitivo, el problema restante de desprotección es abordado también de manera cognitiva. Pero no sólo en el ámbito del Derecho penal sustantivo se advierte esta práctica estatal, pues también en el campo procesal el Estado de Derecho procura una seguridad cognitiva combatiendo el peligro a través de medidas de excepción. Por ejemplo, los plazos de detención en los delitos de terrorismo y narcotráfico pueden extenderse excepcionalmente hasta 15 días, mientras que en los demás delitos sólo el límite máximo es de 24 horas. La Constitución Política garantiza de este modo dicha práctica procesal (4), demostrándose una vez más que el propio Estado de Derecho combate las fuentes de peligro amenazadoras del funcionamiento de las condiciones de

(3) Art. 317 CP del Perú.

(4) Art. 2, inc. 24, párrafo f.

una coexistencia civil libre y pacífica con medidas excepcionales para hacer real su posición de garante frente a la libertad de los ciudadanos.

4. Pero si el propio Estado de Derecho practica el aseguramiento cognitivo como medida excepcional y adicional a los procedimientos normales de lucha contra la delincuencia, en otras palabras, si el propio Estado de Derecho dispone de reglas de un Derecho penal del enemigo, ¿por qué entonces se condena a Günther JAKOBS, incluso con los adjetivos más disparatados, por su interpretación personal de dicho fenómeno legislativo? Si JAKOBS no hubiera bautizado aquel fenómeno con el término «Derecho penal del enemigo», sino con otros menos provocativos como, por ejemplo, «Derecho penal de neutralidad de riesgos» o «Derecho penal de defensa ante peligros», las voces de condena hubiesen sido seguramente cuantitativamente menores; hasta es probable que sus reflexiones hubiesen pasado inadvertidas o ignoradas por muchos de sus críticos que manifiestan su indignación por el denominado Derecho penal «del enemigo», la mayoría de veces con una retórica cargada de sentimentalismos (irracionales) y ajena a toda argumentación jurídico-penal razonable (5).

Frente a los falsos mitos endilgados al Derecho penal del enemigo, POLAINO-ORTS sale al frente, recordándonos que no hay nada nuevo bajo el sol —*nihil novum sub sole*—, y que el actual Derecho penal «del enemigo» no es más que el tradicional Derecho penal «de la peligrosidad», creado para combatir a determinados sujetos peligros con medidas asegurativas, pero al mismo tiempo rodeado de un arsenal de límites y garantías ajustadas a la propia estructura del Estado de Derecho (6). Asimismo, tratándose de normas que el propio Estado de Derecho aprueba, una crítica a la supuesta ilegitimidad *per se*, o al carácter autoritario del Derecho penal del enemigo, se desmorona, porque estas normas sólo pueden darse precisamente en Estados democráticos de Derecho (7). Los Estados de regímenes autoritarios —piénsese a título de ejemplo en la España de Franco o en la Alemania de Hitler— no tuvieron necesidad de acudir a normas excepcionales para procurar el aseguramiento cognitivo de la libertad ciudadana porque en estos regímenes la excepción constituyó precisamente la regla: ayer como hoy, todas las normas de los Estados autoritarios son absolutamente ilegítimas *per se*. En los Estados democráticos, por el contrario,

(5) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 21 y sigs.

(6) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 285 y sigs.

(7) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 71 y sigs.

de acuerdo con POLAINO-ORTS, existe siempre una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las normas de excepción, porque, en la medida en que han sido aprobadas por sus respectivos Parlamentos, y, en tanto el Tribunal Constitucional no haya decidido su inconstitucionalidad, rigen plenamente junto al resto de normas del Estado democrático (8).

5. POLAINO-ORTS explica que el concepto de «enemigo» carece de un significado religioso y político, de allí que las críticas vertidas contra el Derecho penal del enemigo desde estos ángulos — como si mediante la imputación de «enemigo» se tratara de «satanizar» o «declarar una guerra permanente» contra el delincuente peligroso— prodigan ideas que se pierden en el vacío sin atacar el verdadero núcleo del concepto. En realidad, el concepto de «enemigo», en la comprensión de POLAINO-ORTS, y en la de su maestro JAKOBS, es una categoría científica referida al sujeto que no sólo no presta una garantía de comportarse en la sociedad mostrando una fidelidad o respeto a la norma, sino que cuestiona el modelo de una convivencia basada en la civilidad, y, además, se propone destruirlo. Por esta razón, el «enemigo» es tratado por el Derecho penal como una «fuente de peligro». La sociedad ya no se siente segura de que el Estado combata sólo con las normas del ciudadano a los sujetos peligrosos que erosionan las bases mismas del funcionamiento de la civilidad, por eso es necesario enfrentarlos con guantes más duros, porque las normas del ciudadano se han vuelto demasiado suaves para él. En cuanto el enemigo no se reconoce como parte del sistema, «decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que —precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos («personas en Derecho») — ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción ascurativa más eficaz» (9).

Contra esta argumentación se ha reclamado que el Derecho penal del enemigo respondería entonces al modelo del «Derecho penal de autor», de manera que su ilegitimidad sería obvia, pero no hay nada más falso que ello. Las normas del Derecho penal del enemigo se rigen, en efecto, por un patrón de la *peligrosidad* del autor, pero dicho patrón de peligrosidad no es subjetivo (como

(8) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 198 y sigs.

(9) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, pág. 102.

motivo interior de la conducta sin ser exteriorizado), sino *objetivo*, como significado de *perturbación social* que la conducta adquiere al exteriorizarse. En este sentido el Derecho penal del enemigo se ubica en una zona intermedia entre el Derecho penal de autor y el Derecho penal de acto o de hecho. POLAINO-ORTS acierta al diferenciar entre Derecho penal «de autor» (*Täterstrafrecht*), que no es ilegítimo *per se*, y Derecho penal «de la voluntad» o «del ánimo» (*Gesinnungstrafrecht*), que sí es ilegítimo de cabo a rabo por representar la injerencia del Estado sobre el ámbito más subjetivo o espiritual de la persona y el fenómeno propio de los regímenes políticos autoritarios que sancionan a los sujetos sin necesidad de que hayan manifestado sus conductas exteriormente, por considerarlos peligrosos sólo en base a un juicio subjetivo anticipado de peligrosidad, o por la pertenencia a una determinada raza, preferencia sexual u opción política (10).

Con esto el autor del presente libro desbarata el falso mito de creer que todo lo relacionado con el Derecho penal de autor es ilegítimo y saca a la luz una cuestión que se ha mantenido oculta en los ordenamientos penales democráticos: no es infrecuente hallar en dichos ordenamientos patrones pertenecientes netamente al Derecho penal de autor, sobre todo en materias como en el sistema de determinación de la pena o en las medidas de seguridad, donde los criterios del Derecho penal del acto con los del Derecho penal de autor rigen compaginados (11). Baste como ejemplo, en el caso peruano, la exigencia de valorar «las condiciones personales» (12) en la determinación de la pena, o la «peligrosidad delictual del agente» (13) como criterio de proporcionalidad de las medidas de seguridad. En consecuencia, en los Estados democráticos, donde por regla general sólo la manifestación exterior de la conducta fundamenta la intervención penal, los ordenamientos penales no rechazan automáticamente todos los elementos propios del Derecho penal de autor por considerarlos ilegítimos, quedando de manifiesto que las normas del Derecho penal del enemigo basadas en la *peligrosidad objetiva* del autor gozan de total legitimidad.

6. Hasta aquí puede verse que el Derecho penal del enemigo, y a este respecto muy de acuerdo con POLAINO-ORTS, no es más que un conjunto de normas dictadas de modo excepcional por el

(10) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, pág. 216.

(11) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, pág. 217.

(12) Art. 46, inc. 11, CP del Perú.

(13) Art. 73 CP del Perú.

Estado de Derecho para enfrentar determinados tipos de delincuencia que afectan el aseguramiento cognitivo de las normas que garantizan de un modo contrafáctico las libertades del ciudadano. En este sentido, las normas del Derecho penal del enemigo vienen a completar el programa estatal de protección del ciudadano, posibilitándole la garantía de una libertad real y no meramente postulada. La monografía de POLAINO-ORTS explica con sobrada profundidad todas estas cuestiones, y hasta aquí también llega la concordancia de mis apreciaciones con sus valiosos aportes.

7. Una cuestión que en mi opinión muy personal no ha quedado suficientemente explicada en la monografía de POLAINO-ORTS es por qué el «enemigo» debe entenderse sólo como una «categoría descriptiva» y «valorativamente neutral». Nuestro autor sostiene, en efecto, que «con él [*scil.* el enemigo] únicamente se *describe* una situación legislativa concreta ya existente, que refleja la situación en que se hallan unos sujetos peligrosos, situación que ya ha sido desvalorada y calificada penalmente por el legislador» (14). Se trataría, pues, de un ámbito donde bastaría la valoración previa hecha por el legislador sobre un fenómeno ya existente al momento de dictar las normas excepcionales, que relevaría al intérprete y al penalista en general de una labor valorativa; el Derecho penal del enemigo así no sería más que una respuesta descriptiva a situaciones de especial peligrosidad. Pues bien, creo que el énfasis puesto por POLAINO-ORTS en resaltar el carácter descriptivo y neutro valorativamente del Derecho penal del enemigo (15) no clarifica la cuestión, sino que más bien la oscurece. Y sorprende hasta cierto punto cómo el hilo conductor de sus argumentos, expuestos con una ferviente racionalidad y un realismo poco usual, en este punto da un giro radical para dar cabida a la intromisión de una *ficción* en sus consideraciones.

Es cierto que el fenómeno del Derecho penal del enemigo no lo han inventado JAKOBS ni POLAINO-ORTS, ni el intérprete en general, sino que más bien es una necesidad surgida en la propia sociedad para cimentar cognitivamente la vigencia de las normas penales, y por esa vía el intérprete trabaja sobre un producto dado previamente, describiendo una situación de peligrosidad objetiva de determinados sujetos. Sin embargo, no puede negarse al mismo tiempo que probablemente no existe otro ámbito en el Derecho penal donde la valoración no tenga tan enorme protagonismo que precisamente en el campo del Derecho penal del enemigo. Los argu-

(14) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, pág. 94.

(15) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 95 y sigs.

mentos de una *despersonalización* parcial y una *autoexclusión* potestativa, entre otros, de quien no brinda una seguridad cognitiva, para llegar a ser tratado como enemigo, no son meras descripciones, sino *valoraciones*, o más exactamente, imputaciones que mediante el fenómeno denominado «Derecho penal del enemigo» el intérprete realiza a determinados sujetos o «enemigos». Incluso no basta con declarar a alguien como enemigo, sino que es necesario establecer en qué punto las fronteras del riesgo permitido son cruzadas, por ejemplo, de una simple libertad de reunión a una asociación terrorista, asimismo el título de imputación en virtud de la intervención (autor, partícipe), en algún otro caso el grado de realización de la infracción (tentativa, consumación), etc.

Con esto el Derecho penal no hace más que imputar, por ello la teoría del delito es en puridad una teoría de la imputación jurídica o una teoría que explica cómo la sociedad imputa una desaprobación, y esto no es una mera descripción, sino un juicio de valoración que lo realiza tanto el legislador como el intérprete y aplicador del Derecho penal. La delimitación de los ámbitos de responsabilidad es una actividad que necesariamente debe considerar la perspectiva socio-jurídica (descriptiva) y la dogmático-jurídica (valorativa), porque sólo mediante la conjugación de ambas perspectivas el Derecho penal de un Estado de Derecho, en sus formas de ciudadano y de enemigo, puede concretar su función real de asegurar la confianza en la vigencia de las normas.

8. Muy al margen de la crítica puntual hecha a una parte del libro de POLAINO-ORTS en lo referido a su forma de ver el Derecho penal del enemigo como un fenómeno reducido a la mera descripción, comparto en esencia todos sus demás argumentos. Se trata del primer tratamiento monográfico escrito a modo de diálogo sereno y racional sobre un tema espinoso, donde la mayor parte de las reflexiones dadas hasta el día de hoy —consciente o inconscientemente— no toman posición acerca de si la vigencia del ordenamiento jurídico requiere de un aseguramiento cognitivo, ocupándose contrariamente de lo más fácil, menos comprometedor, y más presto a ganar aplausos, esto es, de si un Derecho penal del enemigo es «políticamente correcto». Como es de suponer, a estas alturas del presente comentario, POLAINO-ORTS no se interesa en lo absoluto por cómo puedan sonar o escandalizar sus argumentos a los partidarios de la imagen de un Estado de Derecho ideal, porque él es consciente de que la juridicidad en un Estado de Derecho *real* se concreta mediante la cimentación o aseguramiento cognitivo de las normas; sólo así las normas pueden gozar de una *razonable* confiabilidad y pueden orientar de un modo real los con-

tactos sociales. De allí que su discurso sobre el aseguramiento cognitivo de la norma, que ocupa una parte considerable del libro (16), constituye un material de lectura obligatoria.

En definitiva, no son más que las condiciones de ejercicio de una libertad real del ciudadano —la libertad de convivir razonablemente en sociedad— lo que el Estado procura garantizar mediante las normas del Derecho penal del enemigo en cumplimiento de su deber de garante respecto del mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, y, por ende, de la libertad misma del ciudadano. Se trata de una *libertad real*, y no meramente deseada, la misma que sólo es posible cuando la *seguridad* del ciudadano es garantizada estatalmente por medio de los mecanismos legítimos y propios del Estado de Derecho. Así pues, la pregunta común del ciudadano que vive en un mundo cada vez más moderno, pero no menos inseguro, recogida por Wolfgang SOFSKY con la formulación «¿de qué me sirve la libertad cuando ya esté muerto?» (17), es lo que el Estado procura responder precisamente a través de la optimización de la seguridad frente a determinadas formas de criminalidad donde los actores no prestan una mínima garantía cognitiva de comportarse como ciudadanos respetuosos con las normas penales. En esta línea de argumentación el Derecho penal del enemigo no tiene otro sentido que el de servir al aseguramiento de las condiciones de vigencia de la libertad real del ciudadano fiel al Derecho. La lectura del libro de POLAINO-ORTS es más que imprescindible para comprender en profundidad todas estas cuestiones.

(16) Cfr. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, págs. 103-184.

(17) *Vid.* Wolfgang SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, S. Fischer, Frankfurt am Main, 2005, *passim*.

NOTA SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (RÉPLICA AL PROF. CARO JOHN)

MIGUEL POLAINO-ORTS

Magister iuris comparativi por la Universidad de Bonn

«*Revolutionär wird der sein, der sich selbst
revolutionieren kann*»

(«*Revolucionario será aquel que pueda
revolucionarse a sí mismo*»).

Ludwig WITTGENSTEIN, *Vermischte Bemerkungen*
(1947), Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1977, pág. 89

I

La muy sugerente glosa que el Profesor José Antonio CARO JOHN ha redactado de mi libro lleva por título uno ciertamente significativo: *Derecho penal del enemigo: Garantía estatal de una «libertad real» del ciudadano*. Ya su intitulación llama la atención al lector, como un aldabonazo que sacude las conciencias individuales. El Derecho penal del enemigo es una garantía estatal, que se refiere a una libertad real y no meramente hipotética, aspirada o imaginada, y que se establece para protección del ciudadano, como garantía de su personalidad. Ese planteamiento primero, que confronta con las interpretaciones usuales del Derecho penal del enemigo, describe con agudeza y acierto el caldo del cultivo en que se cuece la problemática. De esta glosa del Profesor CARO JOHN quiero espigar tres cuestiones concretas, a las que dedicaré mi atención: 1) El especial énfasis en la *realidad* de la norma y de la *libertad* en relación al Derecho penal del enemigo, frente a los conceptos *abstractos* generalmente manejados; 2) El concepto de *peligrosidad* del enemigo y, con ello, el rechazo a la crítica del Derecho penal de autor; 3) El debate en torno a si las reflexiones sobre el Derecho penal del enemigo son meramente *descriptivas* o si implican algún tipo de componente *prescriptivo*.

II

CARO JOHN principia su exposición con un ejemplo aleccionador: «Por el hecho de que exista una norma que prohíba robar, que castigue al ladrón incluso con penas severísimas, las personas no se van tranquilamente a la cama en las noches sin antes asegurar bien sus puertas». Ese ejemplo trivial, como lo denomina el mismo autor, demuestra a las claras un aserto básico en el Derecho penal del enemigo, a saber: el hecho de que toda institución normativa requiere de una cierta corroboración cognitiva si pretende dirigir la orientación *real*, esto es, no meramente abstracta. Ello requiere de una explicación algo más pormenorizada. La norma es un parámetro general al que los ciudadanos pueden orientar sus conductas. Ante la existencia de una norma, los ciudadanos responsables saben a qué atenerse como miembros del grupo social: saben que esa norma supone la institucionalización de las expectativas socialmente protegibles. Protegiendo la norma (cumpliendo las expectativas), se protegen a sí mismos y protegen a los demás como personas en Derecho. Confirman la vigencia de la norma, o sea. Sucede, pues, que la mera existencia de la norma no vale para garantizar la estabilidad, la estructura social. ¿Por qué es ello así? «¿Acaso las normas no brindan la seguridad completa?» se pregunta acertadamente CARO JOHN. «¿ (...) Por qué tiene que aportar el ciudadano por sus propios medios un plus al déficit de protección normativa?», insiste el autor. La razón estriba, en efecto, en que, a la luz de la realidad de los contactos sociales, la protección que la norma brinda al ciudadano es *condicio sine qua non* de la estabilidad social, pero no agota en lo absoluto la *protección real*. Para que la norma pueda desempeñar su función de *orientación confiable de conductas* no es necesario sólo un aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma, sino también un «*aseguramiento cognitivo* adicional que complete el déficit de protección no alcanzado por la vigencia contrafáctica de la norma».

El énfasis especial de CARO JOHN es, en todo momento, vincular la protección de expectativas y la vigencia de la norma a la realidad. La idea de la *realidad de la norma* es la rectora en el pensamiento del Derecho penal del enemigo en la construcción de JAKOBS [y, a pesar de que se hable, por el Profesor SILVA SÁNCHEZ (1) y otros

(1) *Vid.* el sugerente comentario de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Del Derecho abstracto al Derecho «real». Recensión a Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2006 (entrega 377), Barcelona, octubre de 2006, págs. 2 y sigs.

autores, de un «giro fáctico» en JAKOBS, lo cierto es que la referencia a la seguridad cognitiva como condición de la realidad de la norma ya aparece configurada en su conferencia de 1985 sobre «Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico», la que sería primera aportación sobre Derecho penal del enemigo. No existen, a mi juicio, «dos JAKOBS» ni tampoco un «giro fáctico» en el JAKOBS reciente que lo haya rescatado de su deambular por el «plano comunicativo», sino que ya el esbozo del concepto de norma en 1985 incluye tanto una perspectiva comunicativa como otra cognitiva, y —por tanto— ambas son necesarias para la comunicación real]. La protección común del sistema, esto es, los mecanismos usuales de protección y de estabilización contrafáctica (Derecho penal del ciudadano), han de verse completados en circunstancias excepcionales con un aseguramiento cognitivo especial (Derecho penal del enemigo). «Sólo de este modo el Estado de Derecho y su pretendida protección de la libertad del ciudadano alcanza una *vigencia real* y no meramente ideal», afirma certeramente CARO JOHN. Este planteamiento, que yo asumo por principio, ahuyenta visiones ideales de un Estado no practicado ni practicable. La realidad de las estructuras sociales no opera siempre con conceptos meramente hipotéticos, sino que éstos —llevados al terreno del diario vivir— han de adaptarse a los contactos sociales. La realidad de la norma difiere, a buen seguro, de la norma ideal. Pero la descripción de la Sociedad no puede hacerse fiablemente sobre la base de conceptos ideales, sino de conceptos reales. Una descripción real, veraz, nos ofrece CARO JOHN. Nada añadiré al respecto.

III

La segunda cuestión a la que quiero dedicar mi atención se refiere al parámetro para medir el concepto de *peligrosidad del enemigo*. El Derecho penal del enemigo se enfrenta, como es sabido, a especiales focos de peligro. Su función es combatir un peligro, aislar un riesgo. Por ello, sitúa la peligrosidad del sujeto en primer plano de la problemática. Una crítica difundida en este sentido es que el Derecho penal del enemigo devendría ilegítimo por ser un Derecho penal de autor. Muchos autores se han sumado a esa crítica, formulada —por lo que acierto a ver— por CANCIO MELIÁ (2)

(2) Manuel CANCIO MELIÁ, «¿«Derecho penal» del enemigo?», en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª. edic., Thomson — Civitas, Madrid, 2006, págs. 137 y sigs.

y últimamente por FEIJOO SÁNCHEZ (3). Yo me he opuesto especialmente no tanto al *presupuesto* cuando a la *consecuencia* de dicha argumentación. Considero que las regulaciones de Derecho penal del enemigo responden, en efecto, a veces a patrones o tipos de autor. El maltratador familiar, por ejemplo, recibe un tratamiento más severo que el simple autor de un delito de lesiones, precisamente porque se presupone *automáticamente* su peligrosidad criminal. El resultado en la legislación española es, desde luego, insatisfactorio, pero no porque tiene en cuenta la personalidad del autor, sino porque la tiene en cuenta de manera desproporcionada o defectuosa, esto es, porque trata al autor como enemigo peligroso (maltratador) de manera automática, imponiéndole medidas propias de Derecho penal del enemigo (alejamiento del hogar familiar, prohibición de comunicación o acercamiento) incluso sin verificar la peligrosidad del sujeto. Esto es, estimar en dosis prudentes la *personalidad* del autor, aunque sea Derecho penal del autor y presupuesto que se respeta el principio del hecho, no es ilegítimo. Lo es —como hace el legislador español— el tratar al sujeto como enemigo incluso cuando no es peligroso criminalmente. En resumen: ilegítimo es el tratamiento *desproporcionado* de la personalidad del autor. En cambio, una estimación cabal y justa de la peligrosidad criminal del sujeto llevaría a consecuencias satisfactorias, pues distinguiría nítidamente el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo, tratando al autor de un delito de lesiones y al autor de maltrato doméstico que, *conforme a su personalidad, no fuera peligroso*, según las reglas del Derecho para ciudadanos, reservando el trato más severo como enemigo (orden de alejamiento, prohibiciones de acudir a un lugar, de acercamiento, de comunicación, etc.) únicamente para los casos en que, de acuerdo con su nivel de peligrosidad, el sujeto fuera altamente peligroso y manifestara un déficit de seguridad cognitiva.

Entonces, el Derecho penal del enemigo no puede ser rechazable por ser Derecho penal de autor; esto es, porque se tenga en cuenta en su tratamiento la personalidad del autor (eso pasa en las medidas de seguridad, y nadie discute que sean perfectamente legítimas), sino —en todo caso— porque en dicho tratamiento se traten a ciudadanos como si fueran enemigos, pagando justos por pecadores, y —a la postre— confundiendo Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Si el legislador español hubiera aplicado el Derecho penal del enemigo de manera correcta,

(3) Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, «El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho», en *Derecho Penal Contemporáneo — Revista Internacional*, núm. 16, Editorial Legis, Bogotá, 2006, págs. 151 y sig.

no habría considerado al maltratador familiar siempre como un enemigo; esto es: no habría decretado, de manera *automática*, medidas coactivas contra él, restrictivas de su libertad ambulatoria, de comunicación con otros sujetos, etc., sino que habría decretado la imposición de esas medidas tan drásticas recién cuando se hubiera verificado que el sujeto era realmente peligroso (enemigo) para las víctimas. En conclusión: la ilegitimidad del Derecho penal del enemigo (¡y la de todo Derecho: también el de ciudadanos!) no depende de tener en cuenta la personalidad de un sujeto, sino de tenerla en cuenta de manera incorrecta o desproporcionada.

Pues bien, CARO JOHN comparte mi crítica que rechaza la ilegitimidad del Derecho penal del enemigo por responder la figura del enemigo al tipo penal de autor, y —además— aporta una fundamentación sugerente, que yo mismo suscribo, sobre la forma en que debe entenderse dicha peligrosidad. «Las normas del Derecho penal del enemigo —dice CARO JOHN— se rigen, en efecto, por un patrón de la *peligrosidad* del autor, pero dicho patrón de peligrosidad no es subjetivo (como motivo interior de la conducta sin ser exteriorizado), sino *objetivo*, como significado de *perturbación social* que la conducta adquiere al exteriorizarse». En efecto, la peligrosidad del autor que se estima por la norma penal en muchos supuestos (de manera paradigmática: en las medidas de seguridad y corrección) no prescinde del principio del hecho, sino que éste es un presupuesto de la peligrosidad. La conducta del enemigo se estima especialmente desestabilizadora del sistema porque produce una inseguridad cognitiva en la norma. La peligrosidad del enemigo *no es subjetiva sino eminentemente social, interactiva*, al igual que la personalidad. Del mismo modo que la personalidad («sé persona y respeta a los demás como persona»), *la enemistad también es bidireccional: el enemigo no lo es para sí sólo, sino precisamente con criterios sociales (generales), esto es, es enemigo dentro de una Sociedad, frente a los ciudadanos, y con parámetros de orientación normativo-social*. En resumen: *la enemistad no tiene razón de ser sin esa dimensión comunitaria, social, creadora de un déficit de seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma*.

IV

Finalmente, quiero referirme críticamente a un último aspecto planteado por CARO JOHN. A su juicio, en mi monografía «no ha quedado suficientemente explicad[o] (...) por qué el «enemigo» debe entenderse sólo como una «categoría descriptiva» y «valorativamente

neutral»», de manera que él critica que una valoración previa realizada por el legislador y establecida en la norma «relevaría al intérprete y al penalista en general de una labor valorativa», de manera que «el Derecho penal del enemigo así no sería más que una respuesta descriptiva a situaciones de especial peligrosidad». CARO JOHN entiende que esta visión mía «no clarifica la cuestión sino que más bien la oscurece», y defiende la existencia de elementos prescriptivos en la configuración del Derecho penal del enemigo, de manera que se conjugan las perspectivas descriptiva y valorativa.

Creo que la crítica de CARO JOHN se basa en una confusión de diversos planos: de un lado, la descripción y la valoración; de otro, el cometido del legislador y el del dogmático observador. Yo he sostenido, en efecto, que el Derecho penal del enemigo es, en la obra de JAKOBS, eminentemente descriptivo, y no prescriptivo. No es propuesta lo que él hace, sino observación de una realidad normativa ya existente. Esto es, a mi juicio, incuestionable. Pero también he sostenido que la polémica sobre si JAKOBS *describe* o *prescribe*, esto es, sobre si, además de *describir* una realidad, la *legítima*, es absurda y confundidora. Y lo es porque parte de una falsa premisa, a saber: que el Derecho penal del enemigo, como él lo describe, sea ilegítimo *per se*. Si se atendiera a un presupuesto básico, como es que el Derecho penal del enemigo de que habla JAKOBS (no el que le atribuyen sus críticos) tiene una base empírica incuestionable en los actuales Estados de Derecho, entonces el debate «descripción *versus* legitimación» carecería de sentido: porque en última instancia un intérprete estaría describiendo una realidad ya legitimada por quien tenía la potestad de hacerlo, esto es, el legislador de acuerdo a las expectativas sociales y a las normas vigentes. En resumen, en caso de que, efectivamente, se hablara de las normas de Derecho penal del enemigo en sentido *afirmativo-legitimador*, ello no debería producir estupefacción, siendo así que se trata de normas que disfrutaban de presunción *iuris tantum* formal y material de legitimidad, en tanto integrantes del ordenamiento jurídico de un Estado democrático.

Hasta aquí queda clara una cosa: a mi juicio, el legislador atiende a las expectativas sociales, positivizándolas en una norma jurídica. En ese sentido, concede legitimación a tales expectativas y las eleva a patrón de muestra oficial conformante de la estructura social. Mientras que el legislador *valora* y *legítima*, el observador, que contempla esas normas, *describe*. Pero otra cosa es que esta descripción sea puramente analítica. Cuando afirmo que el Derecho penal del enemigo es descripción, me estoy refiriendo a que su contenido es un *producto ya hecho y legitimado*, de manera que *no es pura constatación de la realidad, sino transcripción de*

*que algo existe, pero sobre todo de un algo que tiene un por qué. Digámoslo con un ejemplo: la frase «el almohadón está sobre el sofá» es meramente constatativa, porque describe una realidad objetiva que se percibe ante los ojos del informante. Sin embargo, la frase «existen normas de Derecho penal del enemigo en el Código penal» no solamente constata la existencia real de esas normas, sino que tal descripción se refiere a algo que ya ha sido *autodescrito* por la Sociedad. Por ello, *describir la existencia de Derecho penal del enemigo no es mera descripción de un observador, sino que implica también autodescripción de la Sociedad: implica que lo que se describe tiene una fundamentación racional en expectativas sociales.* Por ello, describir la existencia de normas de Derecho penal del enemigo en un ordenamiento no sólo describe «que el almohadón está sobre el sofá», sino que implica que existe una expectativa, una razón por que ello sea así: por ejemplo, la expectativa de que el sujeto que vaya a sentarse o recostarse sobre el sofá *pueda sentirse más cómodo* (otra cosa es que ese «almohadón» sea médicamente recomendable, o que sea saludable o perjudicial para el sujeto que lo emplea, etc.). Por ello, cuando se afirma que existen normas de Derecho penal del enemigo en un ordenamiento, se está describiendo primariamente su existencia, pero también se está implicando inexorablemente una *autodescripción* de esa Sociedad: *la autocomprensión de que la Sociedad ha interiorizado esas normas, ha valorado sus expectativas, las ha estimado dignas de protección y las ha positivizado en las normas cuya existencia se describe.**

El Profesor CARO JOHN presupone, desacertadamente a mi juicio, que cuando yo afirmo que JAKOBS describe y no prescribe, esto es, constata y no legitima, se está limitando la labor de valoración al legislador y que esa limitación relevaría al intérprete de llevar a cabo toda labor valorativa. Su desacierto consiste en confundir la *autocomprensión* y la *heterocomprensión* de una Sociedad. La descripción a que me refiero cuando afirmo que JAKOBS describe no es pura descripción, sino que implica autocomprensión social (y, con ello, *valoración* del legislador conforme a las concretas expectativas sociales). Libre queda otro camino para el observador: la *heterocomprensión* de la Sociedad, a saber: valorar, conforme a sus propias expectativas, la forma en que la Sociedad se autodescribe a sí misma.

V

Termino aquí este comentario, espero que científico, a un comentario científico. El Profesor CARO JOHN ha aportado en su con-

tribución Ciencia, doctrina y saber, y ha enriquecido con su comentario notablemente el debate científico en torno al Derecho penal del enemigo. Por mi parte, en mi réplica, he huido expresamente de las alabanzas mutuas y he querido practicar —parafraseando algún lema publicitario invocado por un conocido mercantilista, el Profesor OLIVENCIA RUIZ— *la elegancia social del debate doctrinal*. Mi empeño, mi más soñado empeño, ha sido que el debate mencionado haya alcanzado el carácter de racionalidad que, como recuerda CARO JOHN, atribuía David HUME al diálogo entre hombres de Ciencia. Espero haberlo conseguido.

El resumen de mi contribución podría formularlo, un tanto polémicamente, de la siguiente manera. Los modernos Estados de Derecho regulan dos niveles de personalidad: una *personalidad mínima*, común a todos los sujetos —personas, individuos, enemigos— integrantes del grupo social; y una *personalidad completa*, que únicamente es *para quien se la gana* (con ello, me opongo expresamente a la interpretación del Profesor FEIJOO SÁNCHEZ (4), en un reciente trabajo). El enemigo que se autoexcluye *no gana, sino que pierde esa personalidad completa*: se le mantienen algunos derechos (los que él no malogra), pero se le restringen aquellos que se refieren a un ámbito en el que él se autoexcluye. En este sentido, *para garantizar la personalidad completa de aquellos que sí se la ganan, el Estado decide heteroadministrar un sector de la personalidad del enemigo, manteniéndole en todo caso la personalidad mínima*.

Esta es mi conclusión, que, faltaría más, someto a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho que, en forma de dúplica, se me quiera formular.

(4) *Vid.* Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, «El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho», *op. cit.*, pág. 149, según el cual la personalidad no es para quien se la gana, sino para todos, reputando la propuesta de JAKOBS en torno al Derecho penal del enemigo incompatible con los principios constitucionales de la Constitución española.