

El denominado “Derecho penal del enemigo”: descripción de una realidad,
¿aceptable?

Alejandro J. Rodríguez Morales

En la discusión actual de la dogmática penal se ha venido hablando con reiteración de un, así denominado, “Derecho penal del enemigo”, término (re)introducido en el debate jurídico-penal por Günther Jakobs, profesor de la Universidad de Bonn, Alemania. Con dicha expresión, tal y como es entendida por este autor en el momento presente, se quiere hacer referencia a una especie de Derecho penal “paralelo”, que se distinguiría del Derecho penal tradicional en que adelantaría las barreras de punibilidad a momentos previos a la lesión del bien jurídico; permitiría la “suspensión” o “flexibilización” de garantías fundamentales para el enjuiciamiento de los responsables; asignaría penas particularmente altas, en menoscabo de la debida proporcionalidad que ha de existir entre el delito cometido y la pena a imponer; y, finalmente, estaría dirigido a la represión (a toda costa y a todo costo) de ciertos individuos, a saber, los considerados “enemigos” (especialmente, terroristas, mafiosos y narcotraficantes).

Más allá de las consideraciones que han de formularse en relación con un tal “Derecho penal del enemigo”, debe reconocerse que sin duda alguna dicho concepto acierta en describir una realidad innegable, directamente vinculada con lo que SILVA SÁNCHEZ denomina la “expansión” del Derecho penal, esto es, el recurso cada vez más recurrente al Derecho penal para pretender dar solución a cualquier conflicto que pueda presentarse en el seno de la sociedad, algo que se evidencia de manera patente en las múltiples leyes penales dictadas en las últimas décadas en Venezuela (lo que también ha ocurrido en otras latitudes), que verdaderamente han provocado una “descodificación” del ordenamiento punitivo, como quiera que para conocer qué conductas constituyen delito habrá que recurrir no sólo, ni siquiera predominantemente, al Código Penal, sino al cuantioso número de leyes especiales que han venido a tipificar delitos y consagrar penas. Es justamente lo anterior lo que ha motivado la distinción formulada recientemente entre un Derecho penal codificado y un Derecho penal descodificado, según esté contenido o no en el Código Penal.

Ahora bien, en este orden de ideas, cabe destacar que, dentro del denunciado fenómeno expansivo, precisamente se puede constatar en la realidad la promulgación de leyes que sin duda conforman un “Derecho

penal del enemigo”, tales como la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y la Ley contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a lo que puede añadirse la asignación de competencia “antiterrorista” a determinados tribunales y fiscales del Ministerio Público y el entendimiento jurisprudencial del narcotráfico como un crimen de lesa humanidad, todo ello para conseguir “luchar con mayor eficacia” precisamente en contra de los “enemigos”. Debe advertirse que esto está ocurriendo a nivel mundial, y por ello en distintos países se constata una situación semejante.

Es importante señalar asimismo que en el centro del “Derecho penal del enemigo”, como su propia denominación lo indica, se encuentra la idea del “enemigo” como individuo, que no como Persona, que manifiesta una irresoluble enemistad con el Derecho y, por ende, con la sociedad, lo que permite excluirle del tratamiento que habría que ofrecer a las Personas, o en otros términos, a los ciudadanos comunes que se comportan debidamente y que sólo ocasional o accidentalmente incurrirían en una conducta delictiva. Pues bien, dicha idea de enfrentar a un “enemigo”, aunque (re)lanzada por JAKOBS con sus matices particulares, no resulta nueva en absoluto.

En efecto, desde hace mucho tiempo se ha venido hablando, así por ejemplo los criminólogos críticos, de la necesidad de quienes ostentan el poder de crear o inventar “enemigos” a los cuales combatir, precisamente para mantenerse en el poder y obtener rédito político. Así, en una época, los “enemigos” fueron las consideradas “brujas” (y en tal virtud el llamado “Malleus Maleficarum” o “Martillo de las brujas” de la Inquisición puede considerarse como un verdadero instrumento de Derecho penal del enemigo), o los judíos durante el régimen nacionalsocialista, posteriormente también los comunistas, luego los opositores políticos, las bandas organizadas de delincuentes, los narcotraficantes y, con marcado énfasis en la actualidad, los terroristas.

Es en tal dirección que CHRISTIE, uno de los más importantes criminólogos de la actualidad, señala que los gobernantes requieren de “enemigos convenientes”, es decir, de figuras a las cuales calificar (o etiquetar) como “enemigos” para ofrecer una distracción a los administrados y desviar su atención de cuestiones que pueden perjudicar al poder instituido. Es por ello que dicho autor indica que esos “enemigos” son buenos para los presidentes o los gobiernos particularmente cuando son odiados por la población (a lo que puede agregarse que en ello pueden

llegar a tener un rol fundamental los medios y las campañas que se hagan para fijar la etiqueta de “enemigo” a cierto grupo), además, deben lucir fuertes, pero en realidad ser débiles (no representando un peligro real para los gobernantes) así como no estar claramente definidos.

Adicionalmente, cabe traer a colación, también desde la reflexión criminológica, la denominada teoría del *labelling aproach* o del etiquetamiento, entre cuyos postulados justamente se encuentra el que la persona que delinque es etiquetada o señalada como delincuente y es en tal virtud que se criminaliza a la misma, sobre todo, en referencia a los procesos de criminalización secundaria.

Todas estas características, entonces, se configuran claramente en los casos de la lucha antidrogas y antiterrorista, ésta última sobre todo con posterioridad a los sucesos del 11 de septiembre de 2001.

Precisamente, los Estados Unidos de América han sido quizá los principales “exponentes” de este “Derecho penal del enemigo”, debiendo hacerse mención obligada a los atropellos que al amparo de dicho país se han suscitado con ocasión de la “lucha contra el terrorismo” contenida particularmente en la llamada “Patriot Act”, constatándose la grave violación de derechos humanos de los detenidos en Guantánamo, lo que resulta a todas luces intolerable y que afortunadamente ha sido repetidamente denunciado.

Para ir concluyendo debe decirse que en verdad con el término “Derecho penal del enemigo” se está describiendo una realidad, sólo que la misma no es aceptable, y ello por varias razones. En primer lugar, por cuanto desfigura o pervierte el concepto de persona y de ciudadano, ya que todo ser humano, independientemente de que incurra en conductas delictivas, casual o habitualmente, es una persona, así como también es un ciudadano. En concordancia con ello, no es admisible una “relativización” de las garantías ciudadanas frente a los supuestos “enemigos”, ya que a tales ciudadanos se les debe ofrecer igualmente protección ante el poder punitivo, lo que no implica que no se les pueda imponer penas altas (pero siempre respetando las garantías fundamentales, tales como el debido proceso). Finalmente, se debe criticar ese “Derecho penal del enemigo” porque en definitiva, como ha señalado AMBOS, vendría a dar legitimación teórica a una dirección autoritaria en materia penal que tolera e incluso promueve la vulneración de derechos fundamentales.

Es por todo lo anterior que el “Derecho penal del enemigo” aparece sin duda como una ideología sumamente peligrosa, puesto que incluso podría desvirtuarse el mismo, lo que en el pensamiento de algunos operadores jurídicos parece ir encontrando recepción, pasándose a considerar “enemigos” a todos aquellos que cometen un delito, ello por supuesto, sería sumamente grave; debemos postular un Derecho penal del ciudadano, que sea garantista, humano y respetuoso de la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas, de lo contrario nos estaremos dirigiendo al caos, al permitir o fomentar la irracionalidad en el Derecho penal, volviendo sobre batallas ganadas que tanto han costado a la ciencia de los delitos y las penas.