

SOBRE LA PRETENDIDA REALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, COMO MEDIO DE ASEGURAMIENTO DE “ESPACIOS DE VERDADERA LIBERTAD”

APOSTILLAS A POLAINO – ORTS Y A CARO JOHN

Juan Carlos Manríquez R.
Profesor de Derecho Penal
Universidad Andrés Bello, Viña del Mar. Chile

RESUMEN:

El profesor chileno Juan Carlos Manríquez R. nos presenta a continuación valiosas apostillas respecto al debate, de plena actualidad, acerca de denominado Derecho Penal del Enemigo. Partiendo del contrapunto entre los profesores Miguel Polaino-Orts y José Antonio Caro John, el autor reseña las principales polémicas suscitadas en torno a la interpretación de uno de los aspectos centrales de la política criminal actual. Las conclusiones apuntan al hallazgo de un acuerdo entre las dos visiones aparentemente opuestas, en el que el Derecho Penal del (de) Enemigo (s) es real y eficiente *ex ante*, y que su existencia y vigencia debe ser una garantía estatal de una “libertad real” del ciudadano en el moderno Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Penal del Enemigo, política criminal, libertad real, garantías penales.

I. INTRODUCCIÓN

Invitado a Perú, una vez más por la gentileza y bondad enorme de su gente y del elevado grado de tolerancia y generosidad de sus penalistas, antes que por méritos, tuve la feliz oportunidad de reencontrarme en la Universidad de Huánuco, entre los días 7 y 8 de junio del año

pasado, con el apreciadísimo profesor Dr. Dr. H.C. Mult. Miguel Polaino Navarrete, en el marco de su nombramiento como Doctor Honoris Causa por dicha Casa de Estudios.

De igual forma compartí el honor de la ocasión exponiendo un par de trabajos recientes sobre cuestiones de la parte especial: *“Máquinas Tragamonedas y Derecho Penal: Una problemática actual”* y *“Tráfico y Trata ilegal de personas”*¹, junto a los más destacados y noveles colegas de ese país, entre otros: José Antonio Caro John, Walter Vilcapoma, Fernando Corcino, Juan Carlos Villavicencio, César San Martín Castro; de Argentina: María Eloísa Quintero, y desde Bonn, Alemania, Miguel Polaino - Orts.

El título de la Convocatoria dedicada al Maestro de Sevilla fue *“El Derecho Penal en el contexto del funcionalismo: ¿Qué queda en el Siglo XXI de la Dogmática Tradicional”*.

Por tanto, la idea era ver qué ha quedado del **Derecho Penal Clásico** o qué espacio puede quedarle, ante las nuevas realidades. De la misma forma, se trataba de exponer con claridad y en perspectiva de comparación y crítica científica, cómo se posiciona el funcionalismo jurídico – penal frente a iguales cuestiones.

La tarde del viernes 7 de julio nos sorprendieron, al final del Panel de exposiciones, con un contrapunto entre Polaino - Orts y Caro John de por sí sugestivo. Además, recibimos de manos de aquellos una novedad igual o mejor, se trataba de un pequeño trabajo que reunía la polémica entre ambos jóvenes penalistas respecto de un punto que les ha sido común, pero esta vez desde ópticas distintas: Sobre el Derecho Penal del Enemigo, los citados confrontaban sus posturas desde veredas opuestas.

Se polemiza en el texto sobre uno de los aspectos centrales de la política criminal actual, azuzado por el Maestro de ambos, Günther Jakobs. La invitación doble prometía disensión de altura entre dos comunes coincidentes.

¹ La primera elaborada en honor del Prof. Polaino Navarrete para esta ocasión solemne, en redacción final y la segunda en prensa, para el Libro del Congreso Internacional *“Las nuevas tendencias delictivas en el Siglo XXI”*, organizado por la Red de Capacitación de los Ministerios Públicos de Iberoamérica (RECAMPI), y el Ministerio Público de Venezuela, en Isla de Margarita, Venezuela, del 26 de mayo al 1 de junio de 2007.

Tomé, por ende, palco y me di al solaz de escuchar –y al mismo tiempo de pensar – lo que tan destacados juristas pasaban a exponer.

Fue un ejercicio profundo e interesante, tanto escuchar su panel, como más tarde leer con calma el texto recibido. Ambos trabajos en verdad lograron la altura a la que nos tienen habituados estos autores.

Pero del escrito aún guardo el dejo que la confrontación y la inconcordancia anunciadas entre Polaino – Orts y Caro John fueron menores, o quizás más formales que materiales. Es más, creo y adelanto que en el fondo siguen estando de acuerdo en que el Derecho Penal del (de) Enemigo (s)² es real y eficiente **ex ante**, y lo que es más, creo que ambos comparten la idea acerca de que su existencia y vigencia, esto es, que el Derecho Penal de Enemigos es (debe y debiera ser) una garantía estatal de una “libertad real” del ciudadano, como lo expresó Caro John al inició del debate, resulta un imperativo para los tiempos actuales. Más todavía: quizás debiera ser una nota característica del moderno Estado de Derecho.

Confirme el lector esa impresión (o quizás quiero que lo haga) cuando reciba el Volumen I, N° 91, 2007, de los Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época³, en que se contiene el grueso de esa polémica.

Caro John plantea que, en definitiva, lo que el Estado procura garantizar mediante las normas propias del Derecho Penal de Enemigos, no son más que las condiciones de ejercicio de la libertad real del

² Prefiero usar la expresión “**Derecho Penal de Enemigos**”, porque a pesar de su ya discutible (y quizás inapropiada) nomenclatura universalmente difundida - “Derecho Penal **del** Enemigo” - la que proponemos se ajustaría más al sentido y fundamento último de la tesis expuesta por Jakobs, la cual “constata” la existencia real de un Derecho Penal necesariamente distinto y aplicable al individuo que no queda comprendido en la categoría de “ciudadano” y que por ende no puede ser sujeto del Derecho Penal concebido para la **persona** que se desenvuelve dentro de la juridicidad y estatalidad (kantiana) que conciben ese autor y su Escuela. **Así, la función primordial del Derecho Penal (del Ciudadano y del Enemigo), sería asegurar la vigencia de la norma.** Tomo en esta parte algo de lo tratado con el Prof. Polaino Navarrete en Sevilla, en marzo de 2006, en la generosidad de su hogar. Vid. fvr. Polaino Navarrete, Instituciones de Derecho Penal, P. G., Grijley 2005, pp.95 y ss. El mismo, Derecho Penal: Modernas bases dogmáticas, Grijley 2004, pp.24 – 46. Imprescindible, Jakobs/Cancio Meliá, Derecho Penal del Enemigo, 2ª edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2006.

³ Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, CESEJ, 2007.

ciudadano (la libertad de convivir “razonablemente” en sociedad, dice), en cumplimiento de su deber de garante 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 mecanismos legítimos y propios del Estado de Derecho...” agrega.⁴

Polaino-Orts en su réplica sostiene fundamentalmente que, excluyendo la crítica recurrente sobre su ilegitimidad, hecha al Derecho Penal de Enemigos por ser “Derecho Penal de autor”, lo cual niega y controvierde estando por ello en línea con Caro John⁵, y profundizando la idea central de la obra suya que da origen a la polémica⁶, lo que ocurriría hoy en verdad es que 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**.⁷

Explica que en su concepto 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.

Así, para garantizar la personalidad completa de los que sí se la ganan, el Estado moderno habría decidido “hetero-administrar” un sector de la personalidad del enemigo, manteniéndole en todo caso la personalidad mínima.⁸

Como vemos, mientras Caro John le atribuye al Estado la posición y función de garante de la vigencia de su propio orden jurídico – entendemos, que en cuanto obra que le pertenece – y a ese orden la eficacia de permitir el ejercicio de la libertad real de los sujetos imperados por él, en

⁴ Cuadernos, p.272. Se explica recurriendo a la interrogante de SOFSKY (¿De qué me sirve la libertad cuándo ya esté muerto?), diciendo además que 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**.

⁵ Cuadernos, pp.275 -277.

⁶ Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto; Grijley, Lima, Perú, 2006.

⁷ Cuadernos, p.280.

⁸ Cuadernos, p.280.

la medida que su convivencia resulte “razonable”, lo cual tendrá lugar caucionándose uno a los otros –y viceversa– espacios de seguridad dentro de la estatalidad; Polaino-Orts concuerda con esa afirmación, al sostener que la “hetero – administración” que el Estado hace de parte de la personalidad del enemigo (reconociéndole después de su autoexclusión una *personalidad mínima*) tiene por fin garantizar la *personalidad completa* de aquellos sujetos imperados que sí se la ganan, asegurando a los otros (y al Estado mismo) los espacios de libertad real que éste ha querido configurar para ellos, por medio del ordenamiento jurídico.

A mi modo de ver ambos coinciden en el postulado central: El Derecho Penal de Enemigos **es y se ve como un medio y un fin en sí mismo** de una particular concepción del Estado de Derecho, y en cuanto tal se contradicen en la línea central de su construcción.

A nuestro modo de ver no hay polémica en ellos, y sí cabe disentir de su conclusión común.

II.- LA DÚPLICA, Y PORQUÉ DEL TERCERO EXCLUYENTE.

El Derecho Penal de Enemigos, a nuestro juicio, de acuerdo al propio planteamiento de los penalistas citados, termina no siendo (real), ni eficiente, ni asegurador de espacios de “libertad real” en el concreto mundo de los hechos.

Por eso, con gusto e intuición más que con saber, he recogido el guante lanzado por Polaino - Orts al someter sus opiniones a una Dúplica⁹, que por no provenir de Caro John, y por no estar en su línea, es la de un **tercero independiente**, planteada a riesgo de ser declarada inadmisibile de plano, ya por extemporánea, ya por imprudente carencia de fundamentos.

En efecto, se dice que mientras el Estado es garante de la vigencia de su propia juridicidad, la cual debe mantener asegurando espacios de libertad real a los sujetos fieles al Derecho que él dicta, los mismos sujetos imperados demuestran esa fidelidad viviendo en sociedad “razonable-

⁹ Cuadernos, p. 280 in fine.

mente”, vale decir, sin configurar inseguridades ni para el Estado, ni para ellos, ni para los demás, cerrando así el sinalagma.

Ello sólo sería posible si se concibiera lógicamente que alguien (incluido el Estado) puede “auto – avalarse”, ya que eso es lo que se dice en verdad cuando se postula que el Estado se compone de cuotas de libertad cedidas por cada uno de sus integrantes, a cambio de seguridad, para gozar de las otras cuotas de libertad que restan (las no cedidas).

Al final, cada individuo termina asegurándose y afianzándose a sí mismo, antes que a los demás.

Pero resulta que ambos polemistas aceptan *contrario sensu* que ese Estado es al mismo tiempo garante y configurador de la negación de espacios de libertad para aquellos que no logran **“personalidad completa”** y que *no se la ganan*.

O sea, sobre la pretendida realidad, fin y función del Derecho Penal de Enemigos (que es la cuestión central del tema) Caro John y Polaino-Orts no disienten, sino que únicamente lo hacen en apariencia sobre el método para afirmar tales cuestiones: constatación o descripción.

A nuestro juicio, al pretender los noveles juristas que el Derecho Penal de Enemigos puede (debe) optimizar la prestación de seguridad frente a determinadas formas de criminalidad en que sus autores no prestan al Estado mínimas garantías cognitivas de comportarse como ciudadanos respetuosos con las normas penales (a los cuales se les asegura realmente **su no – libertad plena o, positivamente, se les reconoce sólo una “personalidad mínima”, que es lo mismo**), el Derecho Penal de Enemigos no supera en los hechos el problema básico del Derecho Penal del Ciudadano:

Igualmente llega tarde y es ineficaz para lograr su pretendido objeto.

Entonces, tampoco es un Derecho real, construido sobre una realidad. Es claramente un postulado de lo que debiera ser la estatalidad ideal.

SOBRE LA PRETENDIDA REALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO...

El Derecho Penal de Enemigos no es eficiente ni existe, en cuanto garantía de “libertad real” efectiva para el Ciudadano, ni asegura tales espacios de libertad, ni aún negándole la “personalidad completa” a los que no se la ganan ni se pliegan al sinalagma.

En el mundo real siempre quedará lugar para configurar escenarios de inseguridad, los que por estrechos que sean, supondrán espacios de libertad para quienes así obren (los Enemigos), aunque sea ello injusto formal y sustantivamente, y aunque se diga que se malogra la “personalidad completa”, o se auto excluye el individuo (por deficiencias cognitivas no reforzables) a espacios en que se le reconocen “algunos derechos”.

Aún cuando se pretenda la existencia misma de la libertad para algunos, o se le llame con otro nombre, ni el máximo de seguridad la negará realmente por entero.

Es más, afirmar la posible existencia y concreción de una “**seguridad total**” para algunos miembros de la estatalidad (los sujetos fieles al Derecho, que se han ganado la contraprestación) no asegura para ellos una “**libertad total**” dentro del anillo normativo que genera o define ese anhelo de seguridad, sino más bien produce lo contrario: seguridad total es igual a negación de toda libertad.

En la seguridad total no queda libertad, ni personalidad, hacia adentro ni hacia fuera del perímetro normativo.¹⁰

En los mismos términos de los polemistas: la desestabilización de la vigencia de la norma o la defraudación de su imperativo o guía (y con

¹⁰ Ese parece el fin último de las políticas y demandas por mayor “seguridad ciudadana”. Por ejemplo, en estos momentos, la clase política chilena critica duramente por la prensa a los jueces de garantía o de control de la instrucción penal por no decretar prisión preventiva en “*casos preocupantes*”, lo que contribuiría a acentuar los índices de percepción de inseguridad de la población. Debiera deducirse, entonces, que si los jueces del sistema acusatorio decretan más prisiones preventivas para “los que debieron merecerla desde el principio”, los ciudadanos necesariamente estarán más seguros, y el Estado estará cumpliendo su deber. Vid. fvr. www.elmercurio.cl, A1 y C 1, 2 y 3, del 6 y 7 de julio de 2007 a la fecha. En especial, las modificaciones al Derecho Penal Sexual de Menores desde 2004 en adelante, han introducido en el Código Penal Chileno (arts. 361 y ss.) y en el art. 1º de la Ley N° 18.216, sobre medidas alternativas, una real categoría de “enemigos sexuales” a los que hétero administra lo poco de personalidad que el Estado les reconoce.

ello, la configuración de espacios de inseguridad), no puede ser impedida por el Derecho Penal de Enemigos *ex ante* y a todo evento, ni aún postulado o pensado éste para actuar únicamente en el ámbito en que es (sea) necesario anticiparse a las configuraciones de riesgo para la libertad del Ciudadano, atribuibles a sujetos especialmente peligrosos.

Veamos porqué opinamos así.

1.- Sobre la función del DPE:

Parece sostenerse que el Derecho Penal de Enemigos “coadyuva” al ciudadano fiel al Derecho, porque aseguraría condiciones de vigencia de la libertad real de ese sujeto fiel, asegurando al mismo tiempo – como efecto reflejo y lógico – las condiciones de no vigencia (negación) de la libertad plena (personalidad completa) de otros sujetos in-fieles (los Enemigos).

Así, asegurando el DPE la contención de “los otros” por medio de hétero – administrar su libertad y reconociéndole sólo “ciertos derechos” (la personalidad mínima), crea una diferencia binaria (a nuestro juicio artificial) entre lo que podría llamarse una “libertad buena / seguridad buena” para el “hombre bueno” (el ciudadano) versus una “libertad mala / seguridad mínima” para el “hombre malo” (el enemigo).

Al hombre bueno se le reconoce personalidad y al hombre malo se le niega.

Esta distinción la provoca al pretender impedir el ejercicio absoluto de la libertad para algunos sujetos en ciertas áreas de riesgo consideradas en extremo indeseables por el propio Estado que se vale del Derecho Penal de Enemigos. Queda entonces a medio camino entre el Derecho Penal de Autor y las Medidas de Seguridad, y si exige al menos un acto externo jurídico- penalmente **relevante** para entrar en acción (removiendo la objeción más común)¹¹ y ese es anterior a la tentativa punible, entonces queda más cerca de las medidas profilácticas pre – penales que de la acción del Derecho, y no precisamente del Derecho Penal.

¹¹ Vid, fvr al respecto, Cuadernos, pp.275 y ss; Cancio Meliá, op. Cit, pp. 137 y ss, y Feijoo Sánchez, citado por Polaino – Orts, en Cuadernos, p. 276, con Nota (3).

Ahora si se sostiene que el Derecho Penal de Enemigos es una herramienta “**complementaria**” y “**excepcional**” para asegurar la plena vigencia del Derecho Penal del Ciudadano –o sea, que sí es un “Derecho real”– no podría devenir en la regla primera de interpretación de los tipos penales vigentes del Derecho Penal del Ciudadano, ni ser la vía privilegiada para escudriñar en ellos o en ese sistema punitivo o sus categorías, supuesto que ellas existan, máxime si esos tipos pre – existen al Derecho Penal de Enemigos mismo. No admitiría aplicación extensiva, ni analógica y su interpretación y aplicación debiera ser siempre restrictiva.

En la afirmación contraria, más que una constatación, el Derecho Penal de Enemigos deja de ser un “Derecho real” y se convierte en un mecanismo de justificación anticipado de sí, para fundar la decisión política de hasta dónde se desea negar la libertad del otro (asegurar la no – libertad del individuo), por lo que entonces no estabiliza nada, ya que la desestabilización real de la norma se habrá producido de todas maneras antes del momento de auto – justificarse.

Su función y razón serían autopoyéticas.¹²

2.- Sobre la capacidad de garantía efectiva y oportuna del DPE para asegurar espacios de “libertad real” al ciudadano.

El Derecho Penal de Enemigos no deviene en “Derecho real” al pretender negar todo espacio a la libertad posible que le resta al enemigo de la estatalidad.

Al igual que la vida latente en el desierto más agreste o el agua entre el derrumbe del basalto más compacto, la libertad confinada (para bien o para mal) halla el espacio para manifestarse, aún de las formas más sutiles e ingravidas. Para evitar este hecho no hay herramienta posible ni eficaz.

Entonces, el DPE se atribuye una capacidad irreal, que pretende ejercer por medios también irreales: no puede asegurar espacios de “libertad real” al Ciudadano por la vía de negar *ab initio* las capacidades de acción del otro, aún en el caso de que “goce” de “personalidad

¹² Coincidimos en este punto con Polaino Navarrete.

mínima”, salvo que se entienda por tal la batería básica de facultades procesales indispensables para enfrentar el poder persecutor del Estado o del sistema penal, nacional o internacional,¹³ con un mínimo de legitimidad o justicia, que no es lo que apreciamos afirmar ni en Polaino - Orts, ni en Caro John.

De otro lado, resulta que incluso en el planteamiento de los penalistas a quienes se duplica oficiosamente, no se salva el **problema de la oportunidad** de acción del DPE, pues de una parte y en los hechos es el mismo quien define *ex post* al acto realizado como peligroso, para luego profesar la “auto exclusión” de su autor.

El Derecho Penal de Enemigos llega tarde al hecho, al igual que el Derecho Penal del Ciudadano (y lo mismo le ocurre al Derecho Penal Clásico).

No puede tampoco el Derecho Penal de Enemigos, ni el Estado que se vale de él, “hétero – administrar” una libertad que en el fondo niega de antemano para los enemigos, aunque la llame “personalidad mínima”.

No se puede administrar lo que se profesa inexistente.

III.- CONCLUSIONES.

Bajo estas postulaciones, el Derecho Penal de Enemigos no es, ni puede ser, una garantía estatal de ejercicio de una “libertad real” para el ciudadano.

No es concebible ser garante de uno mismo.

Además, lo que se pretende caucionar para unos (espacios de “libertad real”), por medio de “seguridad total” para otros, nos lleva al

¹³ Sobre las proyecciones del problema desde la óptica funcionalista, en el ámbito internacional y sobre el Tribunal Penal Internacional y el Tratado de Roma, Vid. fvr, Perdomo, Justicia Penal Internacional, Grijley, 2006, pp 37 y ss. También, en Chile la polémica sobre la derogación del DL de Amnistía, en causas judiciales pendientes, sobre violaciones de derechos humanos, a propósito del “Fallo Almonacid c/ Estado chileno”, CIADH, y la opinión mía dada a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado sobre este punto. También, en Seminario Internacional de Derecho Penal, UNAB, 2006 y en Iquique, UNAP, con Polaino Navarrete, Orts González y Abanto, Panel de Cierre, Chile, octubre 2006.

contrasentido de verificar que la “seguridad máxima aspirable”, si se logra, involucra por sí la negación de la libertad, inclusive la del ciudadano:

¿Debiera el ciudadano confinarse a la seguridad de ciertas áreas de la ciudad, muy reducidas, o a su propio hogar?.

No se puede ofertar asegurar absolutamente a otros, lo que no se puede asegurar para sí.¹⁴

Tampoco sirve como un mecanismo por el cual el Estado administra sectores de “**personalidad disminuida**” del enemigo.

La personalidad disminuida equivale a que la personalidad quedaría reducida a la capacidad mínima del imputable en juicio, o sea, a los derechos procesales indispensables en una sociedad civilizada y humanizada. En este caso, no se administra “la personalidad”, se administra “a la persona” como un sujeto no virtuoso, no reconducible, ni expiable.

La administración conlleva las posibilidades y facultades de acrecentar, aminorar o mantener la integridad de aquello que se maneja, pero en este caso, sólo se podría obtener de “esa administración” una merma, y si todo anda bien, que la situación se mantenga. Aquí no hay administración entonces, sólo pérdida o *status quo* de la defendida “personalidad mínima”. Para ésta nunca habrá ni siquiera posibilidad de ganancia.

Afirmar lo inverso sería otra vez una contradicción en sí misma.

Le devuelvo la pregunta a Caro John: *¿De qué me sirve estar seguro (muerto), sino tengo libertad (vida), aún para enfrentar cómo supero los riesgos?*

¹⁴ En todo caso, creemos que un tolerable “**aseguramiento parcial**” de seguridad (y por ende, una oferta viable de afianzamiento de espacios de libertad para unos, y por tanto de negación de la misma para otros) puede (¿debiera?) darse en el ámbito del **Derecho Penal de Segunda Velocidad** – en expresión de Silva Sánchez - especialmente, en áreas del Derecho Penal Económico (*Droit Penal d les affaires*). Al respecto, Vid. fvr, en Chile, Van Weezel, Delitos Tributarios, Jurídica 2007, p.7 cuando expresa que cree en un Derecho que asegura la realización de la libertad personal (en este caso, de empresa); y Manríquez, Criminalización en el negocio naviero, Revista Derecho de la Empresa, N° 8, oct-dic.2006, p.47 – 68, y el mismo, en Blanqueo y Lavado de activos, operaciones sospechosas..., Revista de Derecho U.del Mar, N° 2, Valparaíso, 2005, pp.107 – 127, especialmente con Notas 1 y 2.

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ R.