

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 19-29 – janeiro/junho 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

LA LUCHA CONTRA LA DELICUENCIA ORGANIZADA: MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Lorena de Albuquerque Rangel Moreira

Advogada. Mestre e doutoranda em Corrupción y Estado de Derecho,
Universidade de Salamanca (Espanha)

Resumen

O presente artigo analisa em linhas gerais uma série de críticas que se produziram sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, que vão desde a despersonalização do ser humano até uma prévia culpabilidade, denotando um Direito Penal do autor, e, sobretudo, atacando os direitos fundamentais do ser humano. Especificamente, será realizado um estudo crítico-expositivo dos caminhos adotados pelos legisladores penais na luta contra a criminalidade organizada, evidenciando as principais questões conflitivas relativas à aplicação destas leis que são consideradas frutos desta teoria.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo; Direito penal do autor; Segurança *versus* liberdade; Crime organizado.

Abstract

The struggle against the organized crime. Manifestation of the enemy criminal law

This paper's aim is to examine some critics addressed to Jakobs' Enemy Criminal Law theory, from the lack of personification of the human being, previously to any conviction, to the lack of respect for the fundamental rights. Therefore, will be made a critical and expositive study on the paths followed by the criminal legislators whose follow this theory and the laws created by them in the struggle against the organized crime and the conflictive aspects of the application of those laws.

Keywords: Enemy criminal law; Author criminal law; Security vs. Freedom; Organized crime.

1 INTRODUCCIÓN

Diversos factores políticos, tecnológicos, sociales y culturales han influido para la supresión de fronteras comerciales y la consecuente expansión de las actividades económicas a nivel mundial; este fenómeno globalizador de los mercados ha repercutido en la criminalidad organizada, ya que si antes se consideraba como un problema hacia al interior de los países, ahora la moderna delincuencia se caracteriza por su transnacionalidad.

La creciente preocupación de la sociedad respecto a ese tipo de delincuencia se ve reflejada en el aumento de medidas de prevención y represión del crimen organizado, que en muchos casos rompen con los principios del Derecho penal, y en consecuencia hacen cuestionable la legitimidad de su aplicación. Nos encontramos entonces ante la problemática de una realidad jurídica, que por un lado busca la eficacia en el combate al crimen pero, para la consecución de tal fin, debe flexibilizar varios principios fundamentales del Derecho.

Así, analizar los problemas a que se enfrenta el sistema penal, cuando busca prevenir y sancionar al crimen organizado no es una tarea sencilla. Primero por la complejidad que reviste tanto a las organizaciones criminales como a su actividad delictiva y segundo porque las organizaciones delictivas han encontrado diversas formas de actuación que han revelado serias deficiencias del Derecho Penal, principalmente en la parte dogmática.

Actualmente, la política criminal se desarrolla en el sentido de superar el modelo de garantías penales y procesales penales, sustituyéndolas o flexibilizándolas por el interés en la seguridad del ciudadano. El propósito es resolver de manera inmediata la pluralidad de aspectos que no se acomodan al sistema penal tradicional y garantizar la “tranquilidad” pública, lo que se traduce en los discursos políticos sobre seguridad pública y en la multiplicación de leyes penales en el sentido de frenar la “creciente” criminalidad.

Sin embargo, la mezcla abusiva de Política con Derecho genera leyes simbólicas que son dictadas para dar una respuesta que satisfaga a la sociedad. Bajo estas bases, estudiamos el fundamento del Estado en la lucha contra el crimen organizado, confrontando dos polos, uno signado por la eficiencia y otro por las garantías, buscándose, al final, un criterio de política criminal que determine el ilícito penal basándose en los principios generales que legitiman la intervención penal por la idea de lesión a un bien jurídico.

Frente a esas dificultades y la insuficiencia de los medios de persecución del delito, los sistemas penales han venido empleando diferentes fórmulas penales, como por ejemplo, técnicas legislativas como el adelantamiento de la barrera de punibilidad, tipificando cada vez más formas de peligros abstractos y flexibilizando determinadas categorías dogmáticas. Todo eso aunado al endurecimiento de las penas, representaciones del denominado “Derecho Penal del enemigo”.

Se han adoptado, en los últimos años, medidas severas destinadas a combatir la criminalidad. Fueron introducidas en las legislaciones algunas providencias visando la mayor punición de los delitos, a fin de que se proporcione una mayor seguridad en la sociedad. Con la criminalidad organizada y otros delitos de especial gravedad, se tornó evidente la necesidad de un tratamiento diferenciado para aquellos individuos que no pasan la seguridad cognitiva mínima de que pueden ser fieles a la norma. Así, se cuestiona la viabilidad de imponer medidas de seguridad para que tales individuos peligrosos no pongan en riesgo la sociedad o mismo al Estado.

Tomándose como ejemplo la alteración de la ley de ejecución penal de Brasil, se desvelan los orígenes de la política criminal que nordea la legislación brasileña, aproximándose de las bases teóricas del Derecho Penal del enemigo. Además de apreciarla en lo que se refiere a la posible violación de derechos y garantías fundamentales, también será considerada acerca de lo imprescindible que pueda manifestarse, principalmente cuando se trata de la mitigación de la criminalidad organizada, tarea difícil y, hasta entonces, no pacífica.

Así que se constata evidencias de las legislaciones penales con la referida teoría. Más que eso, se indaga acerca de un cierto fondo político en la creación de tales normas, que adviene de la necesidad de creación de una identidad social (Derecho Penal simbólico), asociada al *punitivismo exarcebado*, concebido por la idea de que el aumento de la pena es la solución para contener la criminalidad, generándose, así, el endurecimiento de penas para las normas ya existentes o mismo la tipificación de nuevos delitos.

Precisamente, el objetivo del trabajo será someter a la crítica el poder de legitimación de la teoría del “Derecho Penal del enemigo” en las legislaciones penales modernas. Cuestiones como “¿Quién sería el enemigo?” O, mejor dicho, “¿Cuál es el parámetro utilizado para etiquetar a una persona como enemiga?” son cuestiones que no se tienen claras y que generan mucha discusión. A partir de la nomenclatura mencionada por JAKOBS se ha producido una serie de críticas que van desde la despersonalización del ser humano hasta una previa culpabilidad, denotándose el Derecho Penal de autor, y, sobre todo, infligiéndose los derechos fundamentales del ser humano.

No obstante, sin que sirva de impedimento, no se trata solamente de rechazar la teoría propuesta en su totalidad, sino de aclarar o proyectar una forma de resolver el problema de la criminalidad organizada, terrorismo y demás delitos de especial gravedad. Son nuevas formas de criminalidad que necesitamos reaccionar en nombre de la seguridad. No se propone que la libertad de una persona, aunque contrapuesta a la seguridad de todos, sea prescindida, sino que hay que valorar mejor las “armas” utilizadas por el Estado para reaccionar frente a esas personas.

2 IMPRECISIÓN CONCEPTUAL

Con la denominación Derecho Penal del enemigo, concepto este utilizado para mencionar o idealizar un Derecho Penal diferenciado para determinadas personas consideradas “enemigas”, es decir, personas que son consideradas fuente de peligro para el Estado, se pone en duda su utilización en el discurso punitivo, es decir, su punto de vista pragmático.

En el entendimiento de Ferrajoli¹, conviene distinguir dos usos diversos de esa fórmula: uno de tipo empírico-descriptivo y otro de tipo teórico. El primero se entiende como una perversión del Derecho Penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas que cubren con el manto del Derecho Penal y son, por el contrario, su negación, eso porque se cubre con el manto de la legalidad, pero son prácticas que no conciben con los Derechos Humanos. El segundo resulta presentado o recomendado como un nuevo “paradigma”, un nuevo “modelo”, como tal normativo, de Derecho Penal.

En realidad, se busca su real pretensión, es decir, cómo se puede interpretar tal teoría desde el punto de vista práctico. También Greco² visualiza el Derecho Penal del enemigo bajo tres perspectivas distintas, la de carácter descriptivo, otra de carácter crítico-denunciador, y una última de carácter legitimador-afirmativo. Para él, de manera menos contundente, es descriptivo cuando se entiende como más un “*instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo*”³. En lo que concierne al empleo como siendo una crítica, se utiliza cuando se caracteriza ciertos dispositivos del Derecho Penal como contrarios al Estado Democrático de Derecho. La tercera forma de interpretación del concepto de Derecho Penal del enemigo traería consigo presupuestos de legitimidad.

En la discusión respecto al tema, con frecuencia comprobamos los distintos matices a que se dedican los autores. Unos están atinados a constatar dispositivos penales en las legislaciones y criticarlas, declarándolas inconstitucionales y reivindicando reformas. Otros nada más se dedican a describir el tema evidenciando tales “anormalidades”.

Sin embargo, lo que causa más clamor es la categórica declaración del Derecho Penal del enemigo como un concepto legitimador, que, según entiende Greco, “*não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do Direito penal do cidadão*”⁴.

En verdad, con la elucidación del tema, vinieran a tona diversos temas polémicos. El hecho de poner en riesgo lo que ya se tenía como “pacífico” como los derechos individuales de la persona humana es un tema que trae un cierto estímulo a la discusión. Además, tal tema se remite a crímenes que aún no se conoce manera eficaz de solucionarlos (prevenir y castigar). El hecho de encontrarse en los agentes involucrados en la criminalidad organizada, terrorismo, tráfico internacional de drogas, etc., como presas modelo para que se identifiquen probables “enemigos” puede ser un tanto cuanto persuasivo al consentimiento de tal concepto. No se sabe al cierto como se debe proceder para que se prevenga y se puna estos delitos.

Con la globalización, varios tipos penales que antes no existían pasaron a hacer parte de nuestro cotidiano. Está claro que el Estado tiene que buscar herramientas prácticas y eficaces para puntuar tales crímenes y

prevenirlos. El crimen organizado cada vez atrae más adeptos y aumenta su proyección internacional. Se torna comprensible que se invoque un desenlace para ese problema.

En nuestra opinión, la nomenclatura especificada por JAKOBS exterioriza una realidad que estamos viviendo. El Derecho Penal del enemigo es un hecho. Es evidente que toda legislación actualmente vigente que impone pena privativa de libertad de larga duración a criminosos considerados peligrosos, adelantándose barreras punitivas, flexibilizándose garantías y derechos fundamentales e instituyéndose penas desproporcionadas es una legislación que no condice con el Estado Democrático de Derecho. Aunque se le atribuya una mera legalidad⁵, son leyes aprobadas por un proceso legislativo legítimo y que tienen plena validez.

Jakobs busca en el término una justificación filosófica para describir toda esa mudanza que está sucediendo en la legislación. No se trata de decir que el Derecho Penal del enemigo “es” o “no es” legítimo. Tampoco de justificar la razón de esa criminalidad. Está claro que toda la legislación, tanto en Brasil como en los demás países, está siendo modificada en el sentido de endurecer las penas y restringir cada vez más las garantías penales y procesales, así como también sucede con la ejecución penal.

El poder de legitimación de esa nueva y dudosa legislación no resta duda de que puede llevar a un camino sin vuelta o hasta mismo a un fracaso del sistema penal. Sin embargo, es lo que está sucediendo.

Se trata, pues, según Ferrajoli⁶, de la autolegitimación como Derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del Derecho Penal, en nombre de la eficiencia. Para el autor, el acta de nacimiento del Derecho Penal del enemigo está en la legitimación política de esas prácticas punitivas. Se confunde Derecho Penal y guerra, así que si el Derecho es la negación de la guerra, es decir, con él se sale del estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza, el Estado está actuando con desigualdad, pues a un crimen, aún el más grave que sea, se responde con el Derecho Penal, así como la guerra se responde con la guerra de defensa, una movilización contra el Estado agresor.

Así que el poder de legitimación del Derecho Penal del enemigo no se concibe por la declaración actual de Jakobs, sino por el panorama de “guerra” en que estamos viviendo en lo que se refiere al crimen organizado y, sobre todo, por la manera “ineficaz” que está actuando el Estado. El crimen, diseminado en todos los niveles sociales ya huye al control estatal, además de no limitarse a una infracción individual.

3 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: MARCO DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA

La protección del bien jurídico como un instrumento para restringir la intervención jurídico penal ya no es predominantemente aceptada⁷. Jakobs, en especial, considera que la finalidad del Derecho Penal es contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad social⁸ y así confirmar su vigencia. Por otro lado, Roxin parte de un concepto de bien jurídico como resultado de una función social del Derecho Penal⁹. Así, para éste, la función del Derecho Penal se atiene a garantizar a las personas una convivencia pacífica, libre y socialmente segura, esto cuando no pueda ser obtenido con otras medidas político-sociales que afecten en menor medida la libertad de los ciudadanos¹⁰.

No obstante, ese entendimiento es inconcebible en la visión de Jakobs, una vez que él figura que el Derecho Penal es una estructura de la relación entre personas, el Derecho como espíritu normativo, no pudiendo, por lo tanto, ser representado en un objeto físico¹¹.

Desde la concepción del bien jurídico parten diferentes conceptos, entre ellos, el desenvolvimiento de la tese del Derecho Penal del enemigo. Entendiéndose el concepto de bien jurídico la finalidad de asegurar la vida en sociedad, esta nueva teoría es pasmosa. Sin embargo, creyéndose en el conjunto de cambios o modificaciones sucesivas en las legislaciones modernas, se hizo surgir algo que a principio era apenas potencial, las leyes penales simbólicas como siendo necesarias para el aseguramiento de la vida en común de las personas.

De esa manera, los poderes estatales recurren al Derecho Penal como forma de tutela antes mismo de una efectiva agresión a los bienes jurídicos contemplados en el ordenamiento constitucional. La “funcionalización” del Derecho Penal consiste en que éste no tutela solamente las víctimas de agresiones concretas, sino “nuevos fenómenos sociales”¹², pues, según Jakobs:

un comportamiento no constituye una perturbación solamente cuando se produce completamente un daño al bien jurídico, o el autor abandonó irreversiblemente su papel, o cuando ocurre por completo un suceso perturbador de la paz pública. Bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan el debido respeto a los bienes y a la paz pública. Esta validez se ve deteriorada cuando por el comportamiento del autor, se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración¹³.

A partir de ahí fueron constatadas varias indicaciones positivadas de un Derecho Penal que está dirigido a la lucha contra esa criminalidad que viene asombrando la sociedad. Esta tendencia afecta, sobre todo, al legislador penal, una vez que es este quien debe resolver cuáles conductas deben ser seleccionadas como relevantes para el Derecho Penal y qué tipo de consecuencias jurídicas deben ser establecidas para las mismas¹⁴. El problema que se constata en esa lucha es justamente la adaptación de esas leyes a los principios de la intervención penal, pues éstos deben ser estáticos, al contrario de las innovaciones legislativo-represivas que son dinámicas y, por lo tanto, pasan a modificar los principios a fin de se auto legitimaren.

4 LA CLARA TENDENCIA DE UN DERECHO PENAL DE AUTOR

Una de las primeras observaciones que se puede hacer sobre el Derecho Penal del enemigo es justamente su tendencia a un Derecho Penal de autor, que, como se puede comprobar a lo largo de la historia, siempre existió, e, inclusive, tal cual Derecho Penal excepcional se hace recordar mucho a lo propugnado por los penalistas del nazismo¹⁵.

De esa manera, no se sobresale el hecho cometido por el autor, sino su forma de vida, su perversión, su peligrosidad criminal y su “vocación” para cometer delitos. Ello se torna patente por la forma como se reputan los individuos pasibles de que sean considerados enemigos¹⁶.

En efecto, hay una valoración excesiva de la seguridad y se castiga individuos por la mera sospecha de involucramiento en organizaciones criminosas. El hecho es que las razones se dan a partir de un juicio de valor que poco o nada tiene que ver con un Derecho Penal del hecho y mucho más con un Derecho Penal de autor¹⁷. Sucede que la doctrina dominante rechaza por razones propias del Estado de Derecho todas esas teorías que van más allá de la culpabilidad por el hecho concreto¹⁸. Aunque contrariamente al Estado de Derecho Liberal, “las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho Penal alemán, presionan en la dirección del Derecho Penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual”¹⁹.

En lo que contempla Ferrajoli²⁰ cuanto al paradigma del enemigo, él encuentra dos deformaciones: la primera en la concepción del tipo penal y la segunda en la concepción del juicio. Con relación a la primera, él encuentra una deformación en el principio de legalidad, en la determinación del punible, que en el Derecho Penal del enemigo, ya no es el delito sino el reo, con independencia de delito: “En él, la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos”.

Cuanto a la segunda deformación, el resultado es la quiebra de todas las garantías procesales, en que el proceso es un momento de lucha contra el crimen organizado, buscándose no la verdad del hecho, sino que el delito en el encarcelado, o sea, primero se detiene a la persona considerada peligrosa y luego se investiga los hechos cometidos por ella. Así que, si se pretende castigar “por lo que se hace” y no “por lo que se es”, fatalmente “... el proceso deja de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona...”²¹.

Como ejemplo, podemos citar la ley que introduce el régimen disciplinar diferenciado en la legislación penal brasileña, al someter al régimen presos en consecuencia de un “alto grado de riesgo para el orden y seguridad del establecimiento penal o de la sociedad”, está claro que no se trata de una punición por un hecho concreto, pues de eso ya trata el caput del Art.52 de la ley de ejecución penal brasileña²². Se trata, en verdad, de punir ciertos autores que representan riesgo a la sociedad o al establecimiento penal. Es decir, se cuida de autores entendidos como peligrosos. Autores que no demuestran una suficiente seguridad cognitiva de que van respetar la norma.

En ese contexto, aún cuando la ley habla de la sumisión al régimen de los presos que “recaigan fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminosas, ...”, está clara la intención del legislador en evidenciar el Derecho Penal de autor al paso que se hace un juicio de sospecha, no importando lo que el autor hizo, sino la forma cómo conduce su vida. Es decir, aquél individuo peligroso que pone en riesgo la vida de la sociedad y la propia existencia del Estado.

Aunque sea una manera de proporcionar seguridad, es una situación que inspira cuidado en la medida que ese juicio de sospecha se hace *a priori*, pudiendo recaer en un juicio sin que el individuo sepa de qué lo acusan²³. Se manifiesta, entonces, un Derecho Penal que raciocina priorizando la eficacia y la seguridad en detrimento de los derechos y garantías individuales. Queda, sin embargo, razonar hasta qué punto se puede dar prioridad a la eficacia frente a la constante violación de principios y garantías penales y procesales, además del acometimiento de los principios de un Estado Democrático de Derecho.

5 LA IDEA DE SEGURIDAD EN CONTRAPOSICIÓN A LA IDEA DE LIBERTAD

Con la globalización y consecuente expansión del Derecho Penal, surgieron diversos delitos que más bien objetivan la seguridad de la colectividad a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, esa idea de expansión es antagónica a las ideas y propuestas reduccionistas del sistema penal. Pues, al contrario de buscar medidas despenalizadoras y alternativas a la pena privativa de libertad, recurren a penas más severas, relajando garantías en busca de una pretendida eficacia.

Por ende, lo que antes se discutía entre la legitimidad de propuestas abolicionistas y propuestas reduccionistas, actualmente aparece como debate el binomio *reduccionismo versus expansión*, lo que se denominaría de modernización del Derecho Penal²⁴. Tal modernización trae el discurso del Derecho Penal del enemigo, en que, justificándose en la idea de seguridad, despersonaliza parcialmente²⁵ individuos que son considerados fuentes de peligro. Así, por no pasaren una seguridad íntima de procedimiento, son neutralizadas, a fin de evitar futuros delitos.

El problema concierne, entonces, a esa preferencia de seguridad de la colectividad en contraposición a la libertad del individuo. En que pese a la toma de posición *seguridad/libertad*, se trata de intereses en conflicto, que, a pesar de aparentemente propender a un fundamento en los Derechos fundamentales de la persona humana, obedeciendo al discurso internacional de los Derechos Humanos, que pugna por la libertad individual, no es lo que viene sucediendo con las legislaciones tanto de Europa cuanto de Latino America, que actúan conforme la realidad vivida en lo tocante a la criminalidad.

Como asegura Demetrio Crespo²⁶, “la idea de “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar”, pues, de la misma manera que se puede entender la seguridad como necesaria para los que no delinquen, también se puede entender que sería una inseguridad si se considerara que cualquier ciudadano puede delinquir en algún momento y de lo que se trata es de proteger bienes jurídicos.

Es cierto que si se parte de la idea de que la función del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, no hay espacio para que se legitime el recrudescimiento del Derecho Penal basado en la seguridad. Ello llevaría a una inseguridad jurídica, en que habría indefinición de bienes jurídicos, indeterminación en la tipificación de conductas y adelantamiento de la barrera de punibilidad con los delitos de peligro²⁷.

6 EL ENEMIGO COMO UNA AMENAZA AL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El discurso del “Derecho Penal del enemigo”, por constatarse con prontitud violaciones de derechos humanos, es objeto de crítica y, al mismo tiempo, es combatido vehementemente por la doctrina. Tal violación va desde los derechos fundamentales de la persona humana a la supresión de garantías constitucionales, como el debido proceso legal, presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, etc. que son conferidas al imputado. Tales garantías les son aseguradas en un Estado Democrático de Derecho.

De esa manera, es inminente la indagación respecto de la justificación de ese Derecho Penal específico para enemigos en el ámbito de un Estado de Derecho. ¿Sería posible compatibilizarlo y tornarlo legítimo?

En principio puede parecer un retroceso ante toda la lucha para el reconocimiento de tales garantías. También se puede concluir que se estaría abriendo precedentes para que cualquier tipo de abuso sea practicado bajo el argumento de protección a los ciudadanos²⁸. Sin embargo, en las legislaciones penales actuales es clara la validez de estas leyes, aunque sea constantemente objeto de críticas.

Ferrajoli²⁹, analizando teóricamente y en profundidad el fenómeno de la violencia legal, identifica dos modelos contradictorios de legalidad: la estricta legalidad y la mera legalidad. La primera constituye una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales. La segunda es un medio para legitimar la violencia institucional fuera de los parámetros de la estricta legalidad, es decir, consiste en una autorización legal para utilizar la violencia, sin una rígida vinculación a la ley misma.

El hecho es que estas normas autorizan pero no están basadas en el modelo constitucional del Estado de Derecho. A su vez, la violencia legal para controlar otras formas de violencia es mayor que la que debiera existir, habiendo una violencia legal superflua. Así que, si el Estado tiene la pretensión de excluir o, al menos, minimizar la violencia en las relaciones interpersonales, queda en vago, sin el logro de su fin.

De hecho, sería un tanto cuanto difícil adecuar un “Derecho Penal del enemigo” al Estado de Derecho sin infringir y desvirtuar algunos preceptos básicos ya ampliamente acogidos. Sería necesario aceptar la despersonalización de determinados ciudadanos que son “juzgados” una afronta al Estado por no pasar la confianza indispensable a su tratamiento como persona.

Sin embargo, justifica Jakobs que, tratándose de enemigos, tal despersonalización, como dice, “se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad”³⁰. Ello significa que tal despersonalización de la persona sería parcial, es decir, la personalidad jurídica permanecería incólume³¹, el delincuente se mantendría como persona, aunque su tratamiento real sería el dispensado a un enemigo. Pues, en las palabras de Jakobs, “quien es sometido a la custodia de seguridad no es privado de libertad por causa de su realidad personal desarrollada, sino por sus presumibles delitos futuros”³². Y aún dice que “la confirmación de la norma cede ante la administración de la seguridad”.

También en España³³ podemos citar como ejemplo la libertad vigilada, recién aprobada por el Congreso y que consiste en una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, tendentes no sólo a proteger las víctimas y la sociedad en general, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente.

Con efecto, el uso “defectuoso” de la libertad es lo que hace que el ciudadano no pase la confianza necesaria para que se viva de modo pacífico en una sociedad. Es evidente que al convivir con demás personas es razonable tener el mínimo de confianza de que uno no va a actuar de modo “inconcebible”. Efectivamente, no se plantea la hipótesis de que las personas actúen de forma mecánica, sin embargo, tampoco se puede esperar o aceptar una acción descontrolada e inconsecuente que despierte inseguridad de aquellos que mantienen estable su comportamiento, pasando la debida confianza de que no van a actuar en desconformidad con el Derecho.

Es en este sentido que Jakobs justifica su inquietud respecto a la afronta del enemigo ante el Estado, una vez que, ante tales “enemigos” (ciudadanos peligrosos), se indaga qué debe hacer el Estado. Si existen personas que no prestan la garantía cognitiva mínima para que sean tratadas como personas en Derecho, ¿debe el Estado tratarlas igualmente a los ciudadanos? Si a éstos se les imponen penas, debidamente legitimadas, por la puesta en peligro de la norma, ocasionada por un hecho cometido, ¿Sería razonable comprender que a tales enemigos también deberían tener legitimadas una medida de seguridad por no pasar la confianza necesaria que serán fieles a la norma?

Sería, de hecho, considerar la posibilidad de imponer una medida de seguridad para aquellos enemigos a quien el Estado, no bastase imponer una pena, por ocasión de violación de la norma, percibiera la necesidad de asegurar aquel individuo, acogiendo la probabilidad de hechos que “han de acontecer”.

Así las cosas, tal dicotomía “ciudadano *versus* enemigo” genera varios problemas, principalmente en lo que se refiere al principio del hecho, largamente admitido en el Estado de Derecho. Sin embargo, aunque se trate de un Derecho Penal de autor, no se puede ignorar la real afronta de la criminalidad al Estado. Cada vez más aumenta la criminalidad organizada, terrorismo y tráfico de drogas, desafiando el propio Estado. Este ya no tiene control ni recurso para contener la profesionalidad de tales crímenes y las medidas tomadas no alcanzan la eficiencia y rapidez en que se estructura el crimen.

Por otro lado, cuando se llega el momento de intervenir, el Estado no puede retribuir en la misma moneda, con la misma perversidad en que se sucede el crimen. Aquél, siendo un Estado que respeta los Derechos fundamentales y está de acuerdo con los diversos tratados de Derechos Humanos, no puede actuar midiendo fuerzas y en la misma proporción en que actúa la criminalidad.

Aunque se adopte la justificativa de la seguridad colectiva, al Estado no le conviene porque el discurso internacional de los Derechos Humanos es en el sentido de preservar los Derechos individuales de la persona humana. Toda actitud que el Estado venga a tomar que se proponga contener el crimen y que, eventualmente, no respete garantías individuales, será considerado vigorosamente una violación al principio de dignidad del ser humano.

Obviamente, el tema de la seguridad no puede ser ignorado ni subestimado por el Estado, sin embargo, no se puede reaccionar de una forma inconciente políticamente. O mejor dicho, no se puede reaccionar con un vacío casi total de política, o sea, de falta de capacidad de proyección e innovación. Ese vacío colmado por intervenciones coyunturales y demagógicas es el terreno privilegiado de esa política de seguridad³⁴.

Con efecto, solamente con la observancia de las garantías individuales y colectivas aseguradas en los sistemas constitucionales-penales es que se podrá legitimar la producción legal y jurídico-penal en un Estado Democrático de Derecho. La inadecuación de las nuevas exigencias de tutela a las garantías

constitucionales-penales no permite que éstas sean mitigadas, sino evidencia que al Estado debe incumbir la tarea de controlar el desvío social haciendo uso de otros mecanismos de controle *a priori* que no el Derecho Penal³⁵.

Así, aunque el “enemigo” sea una afronta al Estado, sus justificativas para combatirlo no son aceptadas. Sería oportuna una política de combate a la criminalidad estableciendo los límites a que el Estado puede llegar. Posiblemente sería necesaria la relativización de ciertas garantías, sin embargo, se podría establecer criterios para punirse el enemigo sin que le convirtiera en un objeto del Estado, a fin de facilitar la lucha contra la criminalidad, tornando eficiente las medidas adoptadas por él.

7 ¿EL CRIMEN ORGANIZADO ES MITIGADO POR LAS NUEVAS LEGISLACIONES PENALES?

Evidenciada la inflación legislativa que se dio en los últimos años, no más que especializando los tipos penales y endureciendo aún más las penas, se cuestiona respecto a la eficacia de esta lucha, que, identificada como una lucha contra “enemigos”, aún no ha delineado muy bien el “correcto” camino para que se logre sus fines, cual sea, combatir la moderna criminalidad.

Precisamente, en las palabras de Ferrajoli³⁶, en esta lucha nombrada de “Derecho Penal del enemigo”, el Derecho Penal pierde no sólo su legitimidad, sino también su eficacia, pues pierde su asimetría con el crimen. El autor explica comparando el terrorismo y la guerra, en que la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica resulte. Así la guerra se repele con la guerra de defensa o con la movilización general contra el Estado agresor, mientras que aquél, considerado como un crimen, aún que sea grave, es respondido con la punición de los culpables, que puede ser muy severa³⁷.

Si el Estado responde al crimen con la lógica primitiva de la guerra, o sea, el Derecho Penal del enemigo, lo está equiparando inevitablemente a la categoría de un Estado antagonista. Es decir, lo está tratando simétricamente, y al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, ha privado a las primeras de su mayor fuerza política, degradándolas al nivel de las segundas o, lo que es lo mismo, elevando a las segundas al nivel de las primeras como Estados enemigos y beligerantes³⁸.

Sin embargo, cuando se analiza la práctica, es cierto que estamos ante un esquema de crímenes equiparados a la guerra y, para contener de inmediato, se profesa en la supuesta efectividad de la “reacción de emergencia”.

Por ejemplo, como hemos expuesto en tópicos anteriores, el RDD puede ser aplicado con carácter punitivo y también cautelar. Para los criminales que reconocidamente participan del crimen organizado, es necesario un plan ordenado de transformación de los instrumentos que el Estado tiene para diferenciar la realidad en que se encuentra en régimen carcelario. El régimen carcelario más duro, más diferenciado, es importante para la lucha contra el crimen organizado, una vez que distancia y neutraliza los presos involucrados en estas organizaciones, cortando el ciclo y evitándose que se comande crímenes de dentro de las prisiones.

Sin embargo, es necesario resaltar con vehemencia que no se está defendiendo aquí que el RDD sería la resolución para todos los males del sistema carcelario brasileño, bajo la inspiración del movimiento de ley y orden o del expansionismo punitivo. Se trata, igualmente, de una medida conveniente para el problema de la criminalidad desenfrenada que afronta nuestras instituciones.

En realidad, se trata de individuos que no quieren resocializarse, entonces, no hay que hablarse en finalidad de la pena. Por más que no convenga tratarlos de “no-personas” como son denominados por Jakobs, es necesario precaverse de los actos inconsecuentes de estos individuos peligrosos y utilizarse de medidas de seguridad, pues, la mayoría no puede quedar detenida y atemorizada ante la minoría que infringe reiteradamente las normas dictadas por el Estado.

Sin embargo, aunque se verifique la necesidad y la efectividad de tales medidas, no raro hay rechazo respecto al RDD, por ser un instituto que de cierta forma merma las garantías del individuo, imponiéndose medidas cautelares y anticipando las barreras de punición, es decir, puniéndose actos preparatorios, o aún, meras sospechas.

CONCLUSIONES

Ante tal coyuntura presentada, se evidencia la procedencia del movimiento de Ley y Orden, que conduce a la máxima intervención del Derecho Penal. Se prioriza la represión al crimen con el objetivo de dar una respuesta al miedo de la sociedad. El Estado social es dejado para dar lugar a un Estado Penal, resultando en el surgimiento del llamado “Derecho Penal del enemigo” como un Derecho Penal máximo.

Queda claro que las más recientes elaboraciones legislativas, sea en materia sustantiva, procesal o de ejecución penal, son vinculadas a una política criminal respaldada en una concepción dogmática en que se olvida la condición humana del autor del delito, permitiendo la formulación de un Derecho Penal del enemigo, en que se abren puertas a las construcciones legislativas de matices menos garantistas.

Sin embargo, las legislaciones traen consigo una “mera legalidad” y por ello son legitimantes, siendo aplicadas cuando demandada por las circunstancias del caso concreto, tanto como sanción, cuanto en razón de medida cautelar, de aseguramiento. Lógicamente, por tratarse de privación de libertad, las autoridades competentes deben emplearla con cuidado, sin embargo, sin recelo, cuando tal instrumento se muestre útil, no permitiendo que tales individuos peligrosos vengán a poner en riesgo la seguridad de las demás personas, así como del propio Estado.

De esta suerte, ante la criminalidad organizada, el terrorismo y otras infracciones penales peligrosas, se evidencia un Derecho Penal de lucha contra esos individuos involucrados. No obstante, aunque ello sea exteriorizado a través de normas, no se puede legitimarlo como un “Derecho Penal del enemigo”, pues este es un concepto doctrinal, crítico, pero no dogmático.

Es posible afirmar que el Derecho Penal de urgencia pierde la esencia de sus fundamentos, deja de ser un instrumento de protección del ciudadano para tornarse un mero instrumento de contención social y gestión de riesgos. El aumento de tipos penales y el endurecimiento de las penas son resultados de un Derecho Penal simbólico, que además de intentar noticiar seguridad para la sociedad, pasa la idea de que el Estado está ponderado al aumento de la criminalidad.

Ante tal escenario, no hay duda de que la cuestión es relevante y se remite a un dilema: o las autoridades estatales utilizan de métodos rigurosos pero asimétricos de lucha contra el crimen organizado, siendo capaces de cesar la continuidad de agresiones a la paz social o estamos todos predestinados a asistir, de forma tímida y pasiva, al desmoronamiento del Estado Democrático de Derecho ante comportamientos criminosamente osados.

NOTAS

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

² GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, set.-out. 2005, p. 93-94.

³ Op. cit. p. 94.

⁴ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal... cit. p. 94.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 176-177.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.

⁷ Autores como Hirsch, Stratenwerth y Jakobs consideran imposible restringir el ámbito de actuación del Derecho Penal a lesiones de bienes jurídicos. En contrapartida, autores como Roxin, Hassemmer y Schünemann son defensores del concepto.

⁸ JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005. p. 33.

- ⁹ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luiz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 16.
- ¹⁰ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função...*cit. p 16-17.
- ¹¹ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.
- ¹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 313.
- ¹³ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Trad. De Juquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 58.
- ¹⁴ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: IBCCRIM, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul./ago. 2006. p. 34.
- ¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. In *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006. v. 2, p. 339-370. p. 345.
- ¹⁶ Sobre el Derecho Penal de Autor, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho Penal de Autor*. Valencia: Ed. Tirant to Blanch, 2007.
- ¹⁷ BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminas*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano 4, n. 14, p. 137-145, 2004.
- ¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal-Parte General*, Tomo I, Fundamentos. A Estructura da Teoria do Delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et alli. Editora Civitas. 4. ed. Madrid, 2006. p. 181.
- ¹⁹ Op. cit. p. 177.
- ²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.
- ²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.
- ²² “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: ...”
- ²³ Cfr. DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006.
- ²⁴ DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006. p. 431.
- ²⁵ JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: 2005. p. 173.
- ²⁶ DEMETRIO CRESPO. El “Derecho Penal del Enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006. p. 430.
- ²⁷ Op. cit. p. 430.
- ²⁸ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del Enemigo y Derechos Fundamentales. In *Derecho Penal del Enemigo*. El Discurso Penal de la Exclusión. Madrid: Edisafer, 2006. p. 325-340. p. 336.
- ²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 176-177.
- ³⁰ JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid, 2005. p. 173.
- ³¹ Op. cit. p. 173.
- ³² JAKOBS, Günther. *La Penal Estatal: Significado y Finalidad*. Op. cit. p. 172.
- ³³ La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español, introdujo la libertad vigilada. Es una opción incoizadora en determinados supuestos de especial gravedad en que el efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado en la medida que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. La ley introduce mediante la modificación parcial y una leve reordenación del Título IV del Libro Primero del Código Penal esta medida que se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común (artículo 106). La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. La medida no tiene carácter alternativo a la pena de prisión y no es ejecutada previamente a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (Artículo 98.1). Su duración se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.
- ³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 236.
- ³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 315-316.
- ³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 243.
- ³⁷ Con relación al crimen de terrorismo, Ferrajoli dice que él debe ser afrontado políticamente, “Pero es justo en la asimetría respecto a él convencionalmente establecida por su calificación jurídica como “crimen” donde reside el secreto de su pérdida de fuerza y de su aislamiento y por ello el papel del Derecho Penal como factor de paz y de civilización, es decir, instrumento del tránsito del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 245).
- ³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Ed. Trotta, 2008. p. 247.