

**Derecho penal del enemigo:  
¿Postulado inconstitucional o garante de los derechos humanos?**

**Por:** Juan Carlos Portugal Sánchez<sup>1</sup>

**Sumario: 1- Introducción 2.-Antecedentes, formulación y alcance del Derecho penal del enemigo 3.- Relajamiento de garantías probatorias y procesales 4.- La vinculación entre el Derecho penal del enemigo y el Estado Constitucional de Derecho, a propósito de la reincidencia y la habitualidad 5.- Conclusiones del autor.**

**1.- Introducción.**

De un tiempo a hoy resulta ciertamente inverosímil que frente a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como lo es el nuestro en tanto depositario de garantías y libertades atribuibles a todo ciudadano, aún persistan de manera diaria, enfrentamientos y desviaciones conductuales frente a la vigencia de la norma. Vemos por ejemplo que algunas personas, mayormente de cierto poder económico y con capacidad de decisión política o social, no acostumbran salir solas –entiéndase, sin resguardo personal- a realizar sus innumerables actividades, ante lo cual, cabría preguntarnos: ¿Por qué tiene que aportar el ciudadano sus propios mecanismos de protección normativa? ¿Acaso la norma “no matar”, no “secuestrar”, no brindan la seguridad completa? Indudablemente, esta interrogante dilucidaría múltiples respuestas, no obstante, me animo a evidenciar una, cuál es, el déficit de protección normativa, respuesta que el profesor Gunter Jakobs instituyó allá por el año 1985 donde entonces, aún utilizaba el concepto de Derecho penal del Enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente<sup>2</sup>, en cuyo contenido comprendía disposiciones que transformaban al autor penal en una “mera fuente de peligro”, en un “enemigo del bien jurídico”<sup>3</sup>, privándolo así de su esfera privada y de su status como ciudadano<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Estudiante del X Ciclo –Especialidad Penal- de la Facultad de Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del XXVII del Modelo de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Honduras, 2009. Primer puesto en el XXVI Concurso del Modelo de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Chile 2008. Becario del Curso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, Washington College of Law, EE.UU, 2009. Visitante ilustre de la Universidad San Pedro de Sula, Honduras, 2009. Miembro del Centro de Derechos Humanos y Centro de Altos Estudios Penales por la Facultad Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

<sup>2</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985); cfr. También ídem, Strafrecht. Aufl. 1991, 2/25c.

<sup>3</sup> Jakobs, ZStW 97 (1985)

<sup>4</sup> Ambos, Kai, “Derecho Penal del en Discurso Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Edi. IB de F, año 2006, pág. 132.

En efecto, sostenido lo anterior puedo advertir que este ejemplo evidencia una clara desconfianza en la vigencia de la norma para obtener un máximo de seguridad que posibilite al ciudadano su libertad real de convivir y desarrollarse en sociedad, de modo contrafáctico, garantizando las expectativas de la persona, de salir a la calle sin ningún tipo de cuidado, y de otra, mediante un aseguramiento cognitivo que cimienta su función de orientación y confiabilidad normativa en los ciudadanos de manera que, en términos de Caro John, solo de este modo el Estado de Derecho y su pretendida protección de la libertad del ciudadano alcanza una vigencia real y no meramente ideal.

## **2.-Antecedentes, formulación y alcance del Derecho penal del enemigo**

Innegablemente, *prima facie*, con el propósito de desarrollar un fenómeno jurídico, se requiere ante todo, desdeñar y conocer cuál es su objeto de estudio. Así y para los efectos pertinentes, cabe analizar que trata el Derecho Penal del enemigo y consecuentemente, si este es compatible con un Estado Constitucional de Derecho, garante ante todo, del irrestricto respeto a la persona humana. Dicho esto y a modo de un exordio histórico-descriptivo, desarrollaré brevemente la entendible preocupación conceptual del Derecho Penal del Enemigo, como concepto en sí mismo.

Esta consideración de delincuente como un enemigo tiene consideraciones y un fundado sustento histórico. A manera de resumen, ya en la teoría del pacto social de la sofística griega en el mito de Prometeo, Zeus sostenía que al incapaz de participar del honor y la justicia se le puede eliminar como se mata a un miembro enfermo del Estado. Locke, por su lado, era aún más radical, manifestando que al hombre que declara la guerra, se le debe matar como un animal carnívoro como cualquier otra criatura peligrosa que aniquila al ser humano en cuanto cae en su poder en tanto no se encuentra vinculado a la razón y a la ley común. Mientras tanto, Rousseau –a propósito de su contrato social- señalaba que el ciudadano se convierte en enemigo cuando busca su propia ambición de poder y merced a ello, despreciando las normas sociales y de esta manera el bienestar de los demás, muriendo por tanto, más por enemigo que por ciudadano.

Siglos más adelante, la doctrina opositora al Derecho Penal del Enemigo, encuentra en sí mismo en el término “*enemigo*”, prejuicios negativos producto de la indudable carga ideológica y política, tanto más cuando volvemos la mirada a esa experiencia

aterradora socialmente. En efecto, esta experiencia demuestra como los regímenes políticos autoritarios, piénsese a título de ejemplo, en la España de Franco a quien se le denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición o a quien exigía derechos fundamentales, en otro bando, Jean Kabada, ex primer ministro de Ruanda, condenado por genocidio, alababa el trabajo de una emisora de radio que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu Tusi y de los Humus moderados, como arma imprescindible en la lucha contra el enemigo. Finalmente y como ejemplo más extremista, en la desenfadada Alemania de Hitler, donde los efectos dirigidos a concretar un aseguramiento cognitivo no consistían en medidas de excepción, sino en la regla. Ayer como hoy, todas estas normas son absolutamente ilegítimas.

Dicho ello, podemos precisar que este modelo de Derecho fue introducido por Gunther Jakobs en Frankfurt 1985 a propósito de su disertación intitulada “criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico” en el cual manifestó la relevancia penal respecto de la evitación y anticipo efectivo a la lesión al bien jurídico y fundamentalmente, en los momentos previos a ese estadio, entiéndase, en los actos preparatorios dirigidos a enemigos que no ofrezcan las garantías mínimas de comportarse como persona, estableciéndose sanciones a sujetos peligrosamente criminales en una etapa precedente del acto delictivo como expectativa a su consecución. Para entender la aplicación de este modelo, el profesor Jakobs establece dos perspectivas, a saber, una vertiente *ius*-filosófica y una vertiente jurídico-penal las cuáles, pasaré a desarrollar:

**a) Perspectiva *ius*-filosófica del Derecho penal del enemigo**

Esta vertiente normativa, denomina Derecho al vínculo *inter*-subjetivo de personas en tanto titulares de derechos y deberes. De esta manera, *sé es persona en sentido sinalagmático frente al todo social; mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción*<sup>5</sup>. Podemos afirmar que el profesor Jakobs, reformula el concepto de “persona”, apartándose notoriamente del contenido clásico de la doctrina, y *considera que el ser humano en sí mismo no es más que naturaleza, por lo tanto, no todo ser humano es persona en la esfera del derecho penal; tanto los niños y los enfermos mentales son considerados por el derecho penal como “focos de peligro” que hay que neutralizar*<sup>6</sup>. La persona en derecho es alguien que en principio, actúa motivada por la norma

---

<sup>5</sup> Jakobs, Gunther. *El Derecho penal ante las sociedades modernas*. Grijley, 2007, Lima, p 25.

<sup>6</sup> Jakobs, *ob cit*, 2003, p 54.

y es fiel al derecho, en términos del insigne filósofo y pensador Georg Friedrich Hegel, *cuando un sujeto comete un delito, esto es, cuando realiza una negación del Derecho, surgen la necesidad de negar la negación del Derecho en que el delito consiste que sigue existiendo en el delincuente. Sólo mediante la pena se niega la negación del Derecho realizada por el delincuente, esto es, se niega el delito, la existencia positiva de la vulneración mantenida en la voluntad particular del delincuente: “la vulneración de esta voluntad en cuanto existente es, por tanto, la superación del delito, la confirmación de la norma como respuesta al quebrantamiento de la misma y en consecuencia, en el restablecimiento del Derecho”*<sup>7</sup>

#### **b). Perspectiva jurídico-penal del Derecho Penal.**

En concernencia con esta vertiente, a un amigo se le educa, a un ciudadano se le instruye, *contrariu sensu*, a un enemigo se le combate, a un enemigo se le lucha enfrenta y no con guerras ni armas reales sino, por el contrario, con instrumentos normativos al alcance de una sociedad civilizada, teoricismos puros que encuentran respuesta en el diseño creado por el Derecho penal del enemigo. Una vigencia real normativa, excluye la pretensión de lo imposible, del querer, por ejemplo, combatir exitosamente al terrorismo o al Tráfico Ilícito de Drogas –en adelante TID- con instrumentos ideales o políticamente correctos, inconsistentes e insuficientes en la práctica. Este Derecho penal del enemigo implica un comportamiento orientado en base *a reglas practicas* como sucede por ejemplo, en el adelantamiento de barreras de punición o el sancionamiento de actos de conspiración; en términos de Polaino Navarrete (...) *mediante el anticipo del umbral jurídico de una legislación de lucha en lugar de una legislación penal mediante la supresión de garantías procesales*<sup>8</sup>, como ocurre en nuestro orden jurídico-penal, en delitos de TID y rebelión, por ser pues en sí mismos, alteradores del orden democrático y económico de nuestra sociedad. En este entendido, la *ratio escendi* del Derecho Penal del Enemigo tiene por propósito obstaculizar e impedir que estas actividades prosperen en el mundo real, sino por el contrario, asegurarlas y protegerla de modo efectivo y real, todo esto, esencialmente, porque el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de armas, son ilícitos penales que accionan atacando las bases y estructura del sistema, sin reconocerse como parte de él. En este contexto, el Estado, adelanta sus barreras de punición con el exclusivo propósito de neutralizar o inocuizar el peligro demostrando jurídica y tácticamente por tanto, cómo el Estado procura un aseguramiento cognitivo de cara a viabilizar y posibilitar al ciudadano fiel el derecho de una libertad y garantía real siendo el

<sup>7</sup> *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, edición K.H. Iltng, traducción de Carlos Díaz, Madrid, 1993.

<sup>8</sup> Polaino Navarrete, Miguel en “*Derecho Penal, modernas bases dogmáticas*” Edit. Grijley, pág. 363

Derecho Penal del Enemigo un pasaporte que habilita mecanismos efectivos de prevención y represión.

### **b.1) Entonces, en definitiva, ¿A quién se le considera enemigo?**

Dilucidada la aproximación y el contenido jurídico-normativo al Derecho Penal del Enemigo, me remitiré, en lo que sigue a desatranchar e identificar al “enemigo”. Este Derecho penal del enemigo –tendencioso y distorsionado por algunos- está hecho para ciudadanos-enemigos que no ofrecen las garantías mínimas de comportarse como persona en sociedad, creando –como lo sostuve en líneas antedichas- su propia autoexclusión frustrando la expectativa que la norma ha confiado y por ello, desviando los efectos comunicativos de la norma. *Son, por lo tanto enemigos, aquellos que protagonizan delitos sexuales a menores, terroristas, narcotráficos o aquellos que forman parte de la criminalidad organizada.*<sup>9</sup> Así, en esta situación jurídica, se establece sanciones de conductas a sujetos peligrosos en una etapa precedente a la realización del acto delictivo como expectativa a su consecución, sin antes bien, esperar la materialización de dicha lesión, reprimiendo de este modo aquellos actos preparatorios previos a su ejecución. No obstante a ello, algunos críticos emocionales de este Derecho Penal del Enemigo, han sostenido que *en tanto no existe un hecho propiamente exteriorizado desencadenado en una conducta, este obedecería propiamente a un Derecho Penal de Autor y no de Acto.*<sup>10</sup> Esto, a mi juicio, resulta carente de sustento y precisión en la medida que para reprimir los actos preparatorios, debe haber existido, cuando menos, una identificación real de futuricidad delictual sustentando, en efecto, no en la peligrosidad del autor desde un ámbito subjetivo -como motivo interior de la conducta sin ser exteriorizado-, sino por el contrario, objetivo, como significado de perturbación social que la conducta adquiere al exteriorizarse.

En el caso de grupos organizados, por ejemplo, haber identificado el planeamiento operativo de ejecución de envío de miles cantidades de droga a otro país, las reuniones preparatorias de conspiración de un grupo subversivo mediante la instalación de cámaras ocultas, micrófonos ocultos y/o agentes encubiertos, todo esto, a fin de impedir el derrumbamiento de grandes lotes de electricidad, entre otros.

---

<sup>9</sup> Jakobs, Gunther. *El Derecho penal ante las sociedades modernas*. Grijley, 2007, Lima, p 27.

<sup>10</sup> Zaffaroni, Raúl. *El Derecho Penal del Enemigo*/ www.unifr.ch.

### **3.- Relajamiento de garantías probatorias y procesales**

Bajo la línea de ideas del párrafo precedente, podemos advertir la existencia de ciertos mecanismos aplicables a los “enemigos” conducentes a cierta disminución de garantías propiamente probatorias. En razón de ello, es menester señalar que el Derecho Penal del Enemigo importa un adentramiento en el ámbito de la prueba, en tanto involucra una restricción de algunas esferas privadas. Así, por ejemplo, a un grupo peligrosamente organizado habrá que interceptarlo de la forma más hábil y eficaz que permitan identificarlo, por ejemplo, mediante el allanamiento de su domicilio con fines investigativos sin posibilidad de reacción, el de incomunicarlos para que no puedan desaparecer testigos o elementos de prueba, esto, no con el designio de violentar sus derechos y libertades, sino, porque es la única forma real de combatirlos y asegurarlos. Sostener lo contrario, implicaría desnaturalizar al ser humano y por tanto, menoscabar su dignidad transformándolo en objeto de decisión, situación que no es recibida por el Derecho Penal del Enemigo. Dicho esto, podemos proponer otra conclusión más, y esta obedece a que el Derecho Penal del Enemigo no va en contra de los Derechos Humanos, todo lo contrario, lo que busca es confirmar la vigencia de la norma en concordancia con los postulados de los Derechos Humanos.

### **4.- La vinculancia entre el Derecho penal del enemigo y el Estado Constitucional de Derecho, a propósito de la reincidencia y la habitualidad.**

Un Estado Constitucional de Derecho, *in limine*, eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por resultante, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *-in suo ordine-* sino que la complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación en las demás normas existentes. En trato con lo anterior, no podría concebirse un Derecho Penal sin límites y principios penales-constituciones como remedios a posibles abusos de interpretación y arbitrariedad, fundamentalmente jurisdiccional. Así definido, me aliento a proponer una conclusión, cuál es, no podría existir un Derecho Penal y por tanto, una política criminal que no guarde estricta observancia a los postulados constitucionales.

En ese sentido, un derecho-principio fundamental *en un programa penal de la Constitución*<sup>11</sup> –a la luz del maestro Arroyo Zapatero- es indiscutiblemente, el de la libertad, cuyo contenido no es vulnerado por el Derecho penal del enemigo, toda vez que, es precisamente a partir de esta libertad de resolución conductual exclusivo de cada sujeto, que decide merced a ella autoexcluirse del sistema social, prefiriéndose enrolarse a los grupos de criminalidad organizada. Sin embargo, aún cuando se pueda cuestionar este postulado, esta libertad se mantiene incólume, en la medida que este sujeto participe de esta mafia enemiga, puede –bajo esa misma libertad- re-autoincluirse nuevamente a la sociedad o comunidad jurídica, no obstante, él no lo prefiere. En ese sentido y de la mano con lo anterior, puedo concluir en que otro principio penal-constitucional celebrado por el Derecho Penal del Enemigo es el principio de resocialización o de reinserción social, la cual, alude al logro de que el delincuente, el sujeto ante quien fracasó el mensaje motivador preventivo general de la norma, no cometa en el futuro nuevos delitos.

Ahora bien y aterrizando en nuestro órbita constitucional, traigo a colación una interpretación -a mi gusto- contradictoria por parte del mismo. Nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del proceso de acción de Inconstitucionalidad recaída en el Sentencia 0014-2006, recogido asimismo de la STC 003-2005 y como pretexto del análisis de la reincidencia y la habitualidad como mecanismos violatorios del principio al *nebis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad, realizó un carente examen de la aproximación de un Derecho Penal del Enemigo en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. En este entender, nuestro intérprete Constitucional, expuso, entre sus “principales fundamentos”, la manifiesta impracticabilidad de una diferencia entre Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, en el seno un Estado Constitucional de Derecho, sosteniendo la igualdad de derechos y garantías entre todas las personas, no permitiendo deslumbrar una cláusula que difiera en cuanto garantías procesales en tanto aquellos ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos que se ubican en el extramuros del Derecho en general, siendo inaplicable por tanto, que a los a los primeros les sea aplicable

---

<sup>11</sup> Arroyo Zapatero, Luis, en “Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución” en *Revista Jurídica Castilla la Mancha*, pág. 97-112.

los fines constitucionales de la pena, mientras que, *a sensu contrariu*, para los delincuentes habituales y reincidentes (enemigos), no quede otra alternativa que su total eliminación.

En definitiva y a modo de resumen, nuestro interprete constitucional, reclama que el Derecho Penal del Enemigo, responde a un Derecho Penal de Autor, no obstante, y ante un razonamiento totalmente contradictorio a lo invocado en su *ratio decidendi* -como ocurrió en su momento con la deformación del concepto del Derecho Penal del Enemigo por parte del profesor alemán Kai Ambos, autor que cuestiona radicalmente la convergencia entre persona y enemigos, cuando el mismo, en alusión y de cara a una política represora de todo Estado, alude a necesariamente diferencian entre enemigos externos y enemigos internos<sup>12</sup>- las declara constitucionales y plenamente aplicables. De lo resuelto por el Tribunal Constitucional, podemos arribar a dos conclusiones que afirman mi posición, en la medida que inicialmente cuestionan la viabilidad de un Derecho Penal del Enemigo en nuestro orden constitucional y democrático y por otro lado, de manera antagónica, terminan admitiendo la habitualidad y la reincidencia penal, cuando, como sostiene el profesor Polaino – Orts<sup>13</sup>, *tanto, la habitualidad y la reincidencia son manifiesto expreso del Derecho Penal del Enemigo, lo que sin embargo, per se, no conlleva su inconstitucionalidad, sino todo lo contrario, suponen y evidencian herramientas del Estado de Derecho en la protección de bienes jurídicos colectivos de relevancia constitucional como son por ejemplo, la tranquilidad y la paz publica.*

##### **5.- Conclusiones del autor.**

El Derecho, a mi juicio, no es una sencilla y vana política legislativa de postulados o modelos, sino normas jurídicas que acontecen en la realidad social, aquella situación que nos permite orientar conductas y limitarlas, tanto para la víctima como para el autor en tanto directrices normativas orientadoras a una regulación justa y constitucional. Se dice que los derechos humanos no son susceptibles de ser constatados en la realidad social porque es un programa de postulados que se crea como ideal de la humanidad culturizada y armónica, como anciano ideal que es asimilada feliz pero no acontece realmente en el plano social, asimismo, en un errado entender, se cree que los Derechos Humanos no tiene la característica distintiva de ser derecho al no cumplir la función social de orientación.

---

<sup>12</sup> Ambos, Kai, *Op. Cit.* pàg. 130

<sup>13</sup> Polaino, Miguel, “Reincidencia y Habitualidad: Poniendo caras al Enemigo” en *Jus-Constitucional*, Edit. GRIJLEY, Lima-Perú, pàg. 45

Desde mi postura de estudiante y ciudadano defensor de los Derechos Humanos me permito manifestar que, por el contrario, los Derechos Humanos, como valor insito en todo Estado Constitucional de Derecho, constituye en sí mismo, un mecanismo consejero que irradia y vincula tanto, en un plan político para los legisladores como de una coerción para la correcta Administración de Justicia, contrastándolos, como lo he venido señalando, en una realidad social y no idealista. El Derecho Penal del Enemigo no va en contra de los Derechos Humanos, sino lo que busca es confirmar a vigencia de la norma en concordancia con los postulados de los Derechos Humanos. Acaso, ¿El Estado debe esperar el derramamiento de sangre para recién, poder intervenir? ¿No es legítimo acaso que el Estado procure la máxima protección posible de la sociedad?

El Derecho Penal del Enemigo no acusa respaldo en la eliminación total de los seres humanos, esto, por una sencilla razón. *Un Estado no puede repeler al terrorismo, con TERRORISMO*<sup>14</sup>.

### ***NIHIL NOVUM SUB SOLEM***

No hay nada bajo el sol bajo este Derecho Penal del Enemigo.

---

<sup>14</sup> Vilcapoma, Walter, anotado de la clase de Consecuencias Jurídicas del Delito en al Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.