



Revista Jurídica Derecho

Universidad Mayor de San Andrés

Carrera de Derecho

2

ISSN: 2413-2810



Instituto de Investigaciones y Seminarios

revistajuridicaderecho@gmail.com

Revista Jurídica Instituto de Investigaciones y Seminarios	La Paz Bolivia	Volumen 1	No. 2	Revista Jurídica Instituto de Investigaciones y Seminarios	Enero Junio	2015	ISSN 2413-2810	Páginas 1- 130	Ejemplares 500
---	-------------------	--------------	-------	---	----------------	------	-------------------	-------------------	-------------------

El enemigo como objeto control en la sociedad contemporánea. Un análisis desde el Derecho Penal del enemigo y la criminología del otro

Jorge Omar Mostajo Barrios*

“Al ser intrínsecamente perversos o malvados, algunos delincuentes no son como nosotros. Son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación”.

David Garland. *La cultura del control.*

Crimen y orden social en la sociedad contemporánea

Resumen

El artículo analiza el concepto del enemigo desde el punto de vista del Derecho penal y la Criminología. Enlaza las ideas de Jakobs y Garland explicando la dicotomía entre persona y enemigo (no persona) en una sociedad que pretende equilibrar la libertad y seguridad. El Derecho penal del enemigo constituye una práctica discursiva y mecanismo de Política Criminal que identifica al enemigo como amenaza al Estado, Constitución o a la sociedad, limitando las garantías y remplazando al Estado de Derecho por un Estado de excepción. Esta perspectiva legitima la exclusión y la neutralización del enemigo. La criminología del otro explica el fenómeno criminal desde el enemigo, visualizando el discurso de la exclusión, el cual, siempre ha estado presente en la sociedad contemporánea.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, ciudadano, no ciudadano, Estado de Derecho, criminología.

35

“Being intrinsically perverse or wicked, some delinquent are not like us. Are others dangerous that threat our security and do not deserve a pinch of our sympathy. The appropriate reaction of society is the social defense: we must defend ourselves against these enemies instead of worrying about their welfare and rehabilitation possibilities”.

David Garland *“The culture of control crime and social order in contemporary society”*

Summary

This article analyzes the concept of the enemy from de point of view of criminal law and criminology. It links ideas of Jacobs and Garland explained the dichotomy between person and enemy (not person) in a society that seeks to balance freedom and security.

The criminal law of the enemy is a discursive practice and criminal policy mechanism that identifies the enemy as a threat to State Constitution of society, limiting warranties and replacing the State of Law by state of exception. This perspective legitimizes exclusion and neutralization of the enemy.

Criminology of the other explain criminal phenomenon from the enemy, visualizing the discourse of exclusion, which has always been present in contemporary society.

Keywords: criminal law of the enemy, citizen, not citizen, the rule of law, criminology

* Jorge Omar Mostajo Barrios es docente de Derecho Procesal Penal de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés.

1. Introducción

El objeto del presente artículo es analizar al enemigo desde el punto de vista del Derecho penal y la Criminología, conjunciando las ideas del jurista alemán Günther Jakobs y el criminólogo escocés David Garland.

Jakobs postula la existencia y necesidad de un Derecho penal del enemigo que se contrapone a un Derecho penal del ciudadano, es decir, la necesidad de un derecho penal que no se encentra dentro los parámetros, ni se rige por los principios propios del Derecho penal liberal característico del Estado de Derecho. El Derecho Penal del Enemigo es una legislación de tipo bélica más que jurídica, que regula el trato con aquellos sujetos que no pueden ser considerados ciudadanos por representar un peligro físico y/o normativo para el Estado y la sociedad³⁷. La disminución o abolición de garantías procesales y el adelantamiento de la punibilidad, sin que se disminuya la escala penal en forma proporcional a ese adelantamiento, así como una lógica combativa más que intimidatoria, son las características de este Derecho penal del enemigo³⁸.

Garland elabora las bases de la criminología del otro (criminology of the other) y la criminología del sí mismo (criminology of the self), donde con designa el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al ciudadano común, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como distintos a nosotros, como una amenaza al grupo social y por tanto, como por fuera de ese grupo social. Las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para

aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad. La criminología del sí mismo reúne todo tipo de, otra vez, prácticas, discursos y mecanismos de prevención del delito en las cuales fundamentalmente los individuos y no únicamente el Estado deben actuar responsablemente al asumir y gerenciar al delito como un riesgo más de las sociedades modernas, en las cuales todos y cada uno de nosotros, ciudadanos comunes normales y racionales somos potenciales víctimas pero también potenciales ofensores³⁹. Tanto en el discurso de Jakobs como en el de Garland existe un diferente trato según quién sea el potencial ofensor y una diferente concepción del delito y la finalidad de la pena.

Günther Jakobs señala que él no inventó el Derecho penal del enemigo sino que solo describió los rasgos de análisis de una serie de leyes normalmente denominadas como de lucha o combate y de otros preceptos legales diseñados para enfrentar un problema real: la existencia de una serie de individuos que se enfrentan, combaten el Estado y ponen en peligro nuestra sociedad⁴⁰. Delimitar la otredad como objeto del sistema penal es uno de los mecanismos diseñados para atender y satisfacer la demanda pública de mayor seguridad, control, encierro, castigo, represión y prolongación de la reclusión ante el sentimiento en el colectivo social de que los delincuentes no reciben suficiente castigo o que no son debidamente controlados.

Las demandas de una respuesta inmediata y urgente de un control punitivo más efectivo que se incrementa normalmente ante la existencia de casos aislados pero altamente notorios, donde es común encontrar un individuo predatorio, una víctima indefensa, una agresión y el fracaso mediático o fallo del sistema de justicia penal⁴¹. Paralelamente se

37 JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* en JAKOBS Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005) *Derecho Penal del Enemigo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

38 BÖHM, María L. *Políticas Criminales Complementarias*. Una Perspectiva Biopolítica en Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa N° 1 (2011), Lima, 2011, pp. 159-180.

39 GARLAND, David; SPARKS, Richard. *Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times in The British Journal of Criminology*, Vol. 4, N° 1, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 189-204.

40 V.; 'Derecho penal' del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad en CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinadores) (2006) *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión, Volumen 2, Edisofer, Madrid, p. 105.

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011) *La palabra de los Muertos*. Conferencias de criminología cautelar. Ediar, Buenos Aires, p. 369; La

desarrollan teorías de violencia y desprecio por otros seres humanos, bajo las políticas de Ley y Orden, Mano Dura y el realismo penal duro⁴².

Existen varios autores que fundamentan este tipo de teoría, tales como: James Q. Wilson y Ernest Van Den Haag que en los libros: *Thinking about Crime* y *Punishing Criminals* respectivamente realizaron una apología de la eugenesia social y la reprensión, respaldando la necesidad de reforzar la pena de muerte y volver a penas fijas y severas especialmente las incapacitadoras. Este tipo de autores basa su argumento en las supuestas "fallas en que habían incurrido los programas resocializadores, estos poderes perdían el sustento de su justificación. Por estas razones se afirmaba un popular cliché que el delito no debía ser rentable (*crime not pays*)"⁴³.

La sociedad contemporánea o sociedad del riesgo, obsesionada por la inseguridad y el descontrol, se encamina cada vez más hacia la absoluta vigilancia de todas las personas, rompiendo al efecto y sin mayor preocupación, las barreras del poder punitivo.

Las situaciones excepcionales generan una reacción social que desde la sociología jurídico-penal permite identificar la estructura de los miedos y las culpas de la clase media y los valores de los medios de comunicación, con la ventaja para los políticos porque les permite desviar o evitar la discusión de problemas más graves de la seguridad social y de mayor conflictividad, sin resolverse. El problema de inseguridad ciudadana no puede ser solucionado únicamente elevando las penas si no se conoce y soluciona las causas, hecho omitido

por el populismo punitivo⁴⁴. La identificación y el combate del enemigo es parte de la criminología del otro, como la denomina Garland y surge dentro de la oferta de la clase política del endurecimiento del control social y de mayor efectividad del poder punitivo⁴⁵.

Esta fórmula legal que excluye a determinados individuos constituye al mismo tiempo un instrumento electoral y un mecanismo para lograr la identidad, unidad o cohesión social bajo el lema todos juntos contra el enemigo, en algún, momento solidarizados contra el crimen, unidos contra la delincuencia, hermanados contra la inseguridad ciudadana y la desactivación de cualquier potencial de disenso político. La sociedad contemporánea o sociedad del riesgo, obsesionada por la inseguridad y el descontrol⁴⁶, se encamina cada vez más hacia la absoluta vigilancia de todas las personas, rompiendo al efecto y sin mayor preocupación, las barreras del poder punitivo, con la pretensión alcanzar sus objetivos, como dirían José Manuel Arroyo Gutiérrez y Gustavo Chan Mora: "Este fenómeno se concreta en medidas que tienen a flexibilizar el derecho penal sustantivo... Pero también se concreta en la desformalización y flexibilización del derecho procesal penal, mediante el debilitamiento de las garantías básicas en aras de un eficientismo que termina por sacrificar los principios rectores del debido proceso. En resumen, hay tendencias actuales en materia de derecho penal (sustantivo e instrumental) que se expresan a través de una política criminal que busca transformar el derecho punitivo en ultima ratio a prima ratio o inclusive única ratio del ordenamiento jurídico"⁴⁷.

44 WOODROW WILSON CENTER UPDATE ON THE AMERICAS: *Seguridad y Populismo Punitivo en América Latina*: Lecciones Corroboradas, Constataciones novedosas de temas emergentes, Woodrow Wilson International Center For Scholars, Washington DC, 2013.

45 GARLAND, David (2012) *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Ira. Reimpresión, Gedisa, Barcelona, p. 188.

46 BECK, Ulrich (2006) *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.

47 ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo. *Derecho penal y sociedades disciplinarias*: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno en: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco (compiladores) (2004) *Democracia, justicia y dignidad humana*. Libro homenaje al

Cuestión Criminal, Editorial el Planeta, Buenos Aires, p. 212; y En torno de la Cuestión Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 156.

42 ANITUA, Gabriel Ignacio (2010) *Historia de los pensamientos criminológicos*. 2da. Reimpresión, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pp. 486.493.

43 ZYSMAN, Diego (2012) *Sociología del Castigo*. Genealogía de la determinación de la pena. Ediciones Didot, Buenos Aires, p. 252.

2. El enemigo como objeto del sistema penal

El Derecho penal del enemigo no solamente debe ser analizado desde el sistema de normas penales, sino que también debe estudiarse su influencia en la criminología como legitimadora de un discurso de exclusión⁴⁸. Jakobs avala las técnicas expansivas del Derecho penal y su uso contra determinados sujetos para evitar la disolución del Estado de Derecho y termina describiendo una modalidad del control social: “Repetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva. Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien no veo ninguna posibilidad de disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. Intentaré mostrar que el cuerpo del emperador, es decir, del Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del Estado de Derecho, sino está desnudo, más aún, que debe estar desnudo en las actuales condiciones, si se quiere evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista. La objeción estándar contra este intento de proseguir con la ilustración es que el discurso de la desnudez, es decir, del Derecho penal del enemigo, es obsceno, llevándolo a lo político; fascista. Sin embargo, lo único decisivo es si el discurso acierta con su objeto”⁴⁹.

A ese carácter descriptivo aclara que, de hecho él no ha inventado ni propuesto nada sino que solo realiza un esfuerzo por caracterizar, describir y definir el modelo diseñado para controlar el delito y asegurar la permanencia del Estado de Derecho.

profesor Walter Antillón Montelegre. San José, Jurídica Continental, p. 18.

48 BARBA Álvarez, Rogelio. *Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo* en: <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20Penal%20del%20Enemigo.pdf>

49 JAKOBS, Günther. ¿‘Derecho penal’ del enemigo? Op. Cit., p. 97.

“Con frecuencia se me reprocha que esta determinación del enemigo es más o menos imprecisa.

El Derecho penal del enemigo no solamente debe ser analizado desde el sistema de normas penales, sino que también debe estudiarse su influencia en la criminología como legitimadora de un discurso de exclusión.

La constatación es correcta, pero a título de reproche, se encuentra erróneamente formulada: el ‘ciudadano’ o el ‘Derecho penal del ciudadano’ y el ‘enemigo’ o ‘Derecho penal del enemigo’ son tipos penales que no existen en la práctica en configuración pura. Lo práctico siempre está en la zona intermedia y lleva por ello el estigma de todos los tipos mixtos, es decir, el de la imprecisión. De hecho, no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y de otros preceptos. Y si entonces – por permanecer en la imagen – se mezclan alcoholes puros con sustancias propias de un garrafón, ello se debe a la masa de destilación de la ley, no a quien destila”⁵⁰.

Se identifica y define que una de las tendencias actuales de la política criminal contemporánea intenta legitimar esa técnica dentro del modelo del Estado de Derecho, ideada sobre todo para atender nuevas y urgentes necesidades de la sociedad, donde se hace ineludible desarrollar un régimen penal de excepción que extiende la tutela penal desde el grado de punibilidad que comprende, incrementa el control, sustituye el fin de la sanción penal y endurece las penas y su cumplimiento o ejecución.

El Derecho penal del enemigo es un Derecho penal diferenciado y más contundente. Un modelo que tiene su máximo exponente

50 JAKOBS, Günther. ¿‘Derecho penal’ del enemigo? Op. Cit., p. 115.

en la represión diseñada en las últimas décadas en los Estados Unidos de América, desde sus sectores más conservadores, y que se extendió por el mundo entero. Un Derecho penal que se esmera por un castigo severo y desmesurado contra los enemigos y procura asegurar cuanto antes su encierro. En función de ese objetivo disminuye las barreras del poder punitivo porque ante el peligro del enemigo se necesita actuar con más soltura y sin tanta traba en beneficio de todos.

Para Jakobs el Derecho penal del enemigo, aunque es materia excepcional, es Derecho verdadero y un instrumento necesario para la sobrevivencia de la sociedad democrática: “Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que vincula a la vez a sus ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, es un Estado de

tiene la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal pues por principio se enfrentan al Derecho poniendo en peligro la existencia misma de la sociedad.

Jakobs sostiene que aunque políticamente puede ser correcto querer ver en todo ser humano a una persona -partícipe de la comunidad jurídica y provista de todos los derechos humanos-, el enemigo no lo es. Y es que desde el mundo real se imponen límites a la juridicidad porque el Estado de Derecho se enfrenta a determinados individuos que lo combaten permanentemente –constituyéndose es una fuente de peligro para su conservación- y en consecuencia el sistema los despersonaliza y les trata como enemigos⁵². Esta es la razón por la que en una sociedad que realmente acontezca –sea no un modelo ideal sino real- el precepto de tratar a todo ser humano como persona tiene un componente cognitivo y necesita ser adicionado en el sentido de que todo ser humano debe ser tratado como persona en la medida que cumpla con su deberes y sea presumible su fidelidad al ordenamiento jurídico –que no resulte un individuo peligroso.

Todo ser humano debe ser tratado como persona en la medida que cumpla con su deberes y sea presumible su fidelidad al ordenamiento jurídico –que no resulte un individuo peligroso.

Derecho administrado con inteligencia, una ultima ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente”⁵¹.

A través del Derecho penal del enemigo se pretende atender necesidades del Estado que no pueden ser satisfechas desde el Derecho penal ordinario y frente a las cuales no queda otra alternativa. El Estado responde de esta forma a un grupo de individuos que con su comportamiento atacan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción. Representan una alta peligrosidad y ante los cuales no se

El concepto de persona, igual que el ordenamiento jurídico, es una institución normativa que tiene un componente cognitivo y cuando no se cumple el individuo es tratado consecuentemente como no persona o enemigo. Se trata sí, de una despersonalización que no es absoluta sino sólo parcial, pues el enemigo mantiene su personalidad innata porque de lo que trata es sólo de su neutralización y no de su destrucción arbitraria, de tal manera que no queda excluido necesariamente de todos sus derechos y por ejemplo mantiene incólume su derecho de propiedad.

⁵¹ JAKOBS, Günther. *¿‘Derecho penal’ del enemigo?* Op. Cit., p. 107.

⁵² JAKOBS, Günther. *¿Terroristas como personas en derecho?* en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2006) *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición, Civitas, Navarra, pp. 66- 67.

Para Jakobs el tratamiento como persona no lo adquiere el ser humano por su mera condición sino que es una calidad que otorga el Estado y que puede perderse o renunciarse.⁵³ No se trata por lo tanto de un concepto puramente teórico o normativo sino que tiene un componente material o real: solo son personas quienes se comportan como tales al menos de modo general, quienes demuestren una capacidad cognitiva y un comportamiento acorde dentro del espacio de libertad que brinda el propio Estado, quienes actúan amparados por un conjunto de derechos pero al mismo tiempo son signatarios de unos deberes que asumen y de quienes en consecuencia se puede esperar un comportamiento personal.

Desde esta posición la persona es el ser humano que normalmente guarda fidelidad al ordenamiento jurídico y que por lo tanto es de fiar, en cambio el enemigo al combatir al Estado es fuente de desconfianza y peligro y por lo tanto no debe ser tratado como persona. Como el déficit cognitivo que presenta el enemigo finalmente lo sufre el ciudadano fiel al ordenamiento –al atentar contra su seguridad- se requiere su encierro como mecanismo de control y medio de neutralización de su peligrosidad: “la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede

responder el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana”.⁵⁴

La delincuencia convencional se considera como el resultado de un simple error o infracción al orden que nunca atenta contra el ente estatal ni sus instituciones.

Pero, ¿Quién es el enemigo? Para Jakobs no todo el que ha infringido una norma penal –que por lo tanto no presenta un comportamiento acorde al ordenamiento jurídico –podría calificarse como un enemigo porque a los delincuentes comunes o convencionales no se les atribuye esa carga aunque hayan cometido un delito. La situación del enemigo es la opuesta: “El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ ...), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, y por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento persona y demuestra este déficit a través de su comportamiento” .

Desde esta perspectiva los enemigos no son personas por haber perdido esa calidad al colocarse en forma permanente al margen del sistema y atacar de manera constante las bases fundamentales del Estado, amenazando la seguridad de todos los ciudadanos, sino son, quienes por principio se conducen de modo desviado y no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Por ello, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario, el enemigo

53 MOSTAJO, Jorge (2013) *Estado de Excepción y Derecho Penal*. Bases Filosófico-Políticas del Derecho Penal del Enemigo. Editorial GV, La Paz.

54 JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano* Op. Cit. p. 107.

es excluido. Jakobs señala que no es tarea fácil determinar quiénes son los enemigos pero sí es posible: “Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, precisamente, en una expectativa ‘infinitamente contrafáctica’”.⁵⁵ esta manera, el fenómeno del Derecho penal del enemigo se va desarrollando en medio de la dicotomía y el discurso de la persona contra el enemigo (no persona) y la dialéctica de la libertad y la seguridad.

Al ciudadano o persona se le considera y se le da el trato del Derecho penal liberal, respetando todas las garantías penales mientras que al “enemigo” se le da un trato distinto, aplicándosele un régimen jurídico disminuido en garantías que procura su pronta captura e inocuización o neutralización antes de que se materialice el peligro.

El trato desigual se justifica en razón de que el Estado se enfrenta con unos sujetos que resultan peligrosos para su propio sostenimiento toda vez que son individuos hostiles, que no actúan conforme a Derecho y de los que no se tiene certeza de un comportamiento ajustado al orden jurídico: “Cuando es evidente que el delincuente no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes), o bien a través de su vinculación a una organización

(terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia. Este derecho penal de combate se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, sin que dicha ampliación se vea correspondida con una rebaja en la pena, y por una pérdida de garantías procesales”⁵⁶.

Jakobs reconoce que la diferencia entre personas–enemigos es la base fundamental de su discurso: “... una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser complementada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho.

Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se lo prive de derechos no es tratado –por definición– como persona en Derecho. Éste es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio”⁵⁷.

Definitivamente el análisis de los conceptos de persona y enemigo es parte fundamental del planteamiento de Jakobs pues tienen un protagonismo fundamental en su construcción jurídica y como analizaremos más adelante, en esa misma medida la filosofía política hace énfasis en el cuestionamiento a esas categorías.

⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Personalidad y exclusión en Derecho penal en MONTEALEGRE*, Eduardo (coordinador) (2003) Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 86 y 87.

⁵⁷ JAKOBS. ¿‘Derecho penal’ p. 106.

⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano* pp. 42-43.

3. Criminología del otro

El pensamiento de Garland parte asignando un nuevo significado del castigo estatal, en la sociedad contemporánea estamos en un período de transición, en razón de que el viejo paradigma correccionalista y el ideal de resocialización se derrumbaron⁵⁸, creciendo el escepticismo sobre el proyecto penal de las sociedades modernas.

Dentro de ese marco, Garland redefinirá el castigo estableciendo que es aquel “procedimiento legal que sanciona y condena a los transgresores del derecho penal, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos”. En este concepto de castigo que luego ratificara en todos sus trabajos, involucra no sólo la administración de las sanciones, sino también el proceso legislativo, la condena y sentencia. El nuevo concepto de castigo se corresponde y asimila con uno más amplio, en el que se identifica la idea de penalidad, en tanto ambas (castigo y penalidad) se refieren al complejo entramado de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal⁵⁹.

Si los ideales prevencionista y resocializador de la pena desaparecieron corresponde crear una definición de penalidad más clara, como una simple rutina del poder coercitivo estatal que permite su legitimación y que representa una ilustración viva de una ideología que sanciona enérgicamente sus propias categorías y simboliza uno de los más poderosos tipos de ideología en la sociedad moderna⁶⁰. La consecuencia es que la penalidad no será más que un castigo, sin ningún otro fin adicional.

Un ejemplo de lo descrito anteriormente puede ser encontrado en la institución de la

58 GARLAND, David. *Punishment and Society Today en Punishment & Society: The International Journal of Penology*, Vol. 1, n° 1, 1999; y ANITUA, Ignacio (1999) Comentario a castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. David Garland, Ed. Siglo XXI, México, en Nueva Doctrina Penal, 2000, pp. 367-373.

59 GARLAND, David (2010) *Castigo y Sociedad Moderna*. Un estudio de Teoría Social. Editorial Siglo XXI, México.

60 TEDESCO, Ignacio *El pensamiento de David GARLAND* en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=99

pena de muerte que lejos de ser una pena preventiva del delito en la práctica contiene sellos distintivos de conflictos culturales, ideológicos y políticos⁶¹.

La criminología del otro probablemente tiene explicación en que nos hemos convencido de que ciertos delincuentes no son parte de la sociedad ni son dignos de la consideración que solemos proporcionarnos unos a otros⁶², asumiendo una división social y cultural entre nosotros, las víctimas inocentes y ellos: los pobres y peligrosos, perversos, malvados e indignos, esos que muestran su cara ejerciendo la violencia en forma continua, esos de cuyo control depende nuestra seguridad, la que denominamos seguridad de todos y por lo tanto esos que no merecen ninguna simpatía y de quienes debemos defendernos sin preocupación alguna por su bienestar ni posibilidades de rehabilitación, esos que sería mejor que terminen en la prisión y nunca retornen. Con el otro no puede existir ningún tipo de comunicación y una vez apresados no deben causar mayor preocupación.

Con el otro no puede existir ningún tipo de comunicación y una vez apresados no deben causar mayor preocupación.

Es necesario recalcar que los otros también son personas y que lo que concierne a su libertad también debería concernir a la nuestra, cabe recordar lo mencionado por Eleanor Roosevelt en la presentación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Asamblea de las Naciones Unidas el 9 de enero de 1948: “El hecho central es que el hombre es fundamentalmente un ser moral, que aquella luz que tenemos es imperfecta, no importa siempre que tratemos de mejorar... somos iguales en compartir la libertad moral que nos distingue como hombres. El Estado

61 GARLAND, David (2013) *Una institución particular*. La pena de muerte en los Estados Unidos en la era de la abolición. Editorial Didot, Buenos Aires.

62 GARLAND, David. *La cultura del control...* Op. Cit., pp. 297-301.

del hombre hace a cada individuo a un fin en sí mismo. Ningún hombre es por naturaleza simplemente el siervo del Estado o de otro hombre... el ideal y el hecho de la libertad y no la tecnología, son las verdaderas marcas distintivas de nuestra civilización”⁶³.

Este tipo de criminología antimoderna y antiliberal del control no es una imposición unilateral y exclusiva de los responsables políticos como para poder reprochar únicamente a ellos su demanda ese tratamiento, sea que es producto de un caldo de cultivo generado en las relaciones estructurales entre el control del delito y el orden social propias de la sociedad contemporánea o del riesgo: una economía cada vez más insegura que margina a sectores importantes de la población; una cultura altamente consumista y cada vez menos solidaria, una sociedad que lucha por crear relaciones de confianza entre extraños que tienen poco en común⁶⁴ y un Estado soberano al que cada vez le resulta más difícil regular una sociedad de ciudadanos individualizados y grupos sociales diferenciados, con tasas de delitos que aumentan coexistiendo con bajos niveles de cohesión familiar.

Sobre el tema David Garland refiere: “El carácter arriesgado e inseguro de las actuales relaciones socioeconómicas es la tierra en que florece nuestra preocupación enfática y egoísta por el control, así como la urgencia con que segregamos, fortificamos y excluimos. Este marco de circunstancias impulsa nuestros esfuerzos obsesivos por vigilar a los individuos peligrosos, aislar a los grupos de riesgo e imponer controles sobre entornos abiertos y no regulados. Es la fuente de profundas formas de ansiedad que se expresan en la actual conciencia del delito, en la mercantilización de la seguridad y en un medio ambiente diseñado para dirigir el espacio y separar a la gente”⁶⁵. En

definitiva una superficie social y económica que origina una alta preocupación por el control y un afán desmesurado por segregar, aislar y excluir.

Esta situación genera una fuente de ansiedades profundamente arraigadas y produce una cultura reaccionaria que lejos de priorizar la libertad, la apertura, la tolerancia y la movilidad, lucha por acentuar el control, el encierro, la fijación y la condena: “Las posibilidades de disfrutar continuamente de las libertades personales basadas en el mercado depende ahora del control estricto de los grupos excluidos a quienes no se cree capaces de disfrutar de estas libertades. En la medida que los delincuentes y los beneficiarios del welfare aparezcan como los otros y como la fuente principal de su propia desgracia, ello da la oportunidad a las clases dominantes de imponer controles estrictos sin renunciar a sus libertades. En claro contraste con el control social solidario, en el que todos renuncian a algunas libertades personales para promover el bienestar colectivo, el individualismo de mercado es la libertad de algunos que implica la exclusión y el control estricto de otros. Cuando ejercitamos el control sobre los delincuentes, nos tomamos el trabajo de afirmar su supuesta libertad, su responsabilidad moral y su capacidad para haber actuado de otra manera. Las criminologías y presupuestos penales que se han vuelto influyentes en las décadas de 1980 y 1990 –criminologías de la elección y el control- son precisamente aquellas que se hacen eco de las pautas culturales e imperativos sociopolíticos actuales. Vivimos en un mundo social construido sobre los imperativos de la elección individual y la libertad personal. Las versiones criminológicas que dejan de lado la libre elección y acentúan los determinantes sociales carecen ahora del tipo de resonancia y atractivo ideológico que ejercieron durante el auge del Estado de bienestar. Aquellos enfoques que resaltan la elección racional y

63 GLENDON, Mary (2011) *Un Mundo Nuevo*. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, Mexico, p. 259.

64 BAUMAN, Zygmunt: *Vigilancia Líquida*, Paidós, Buenos Aires, 2013.

65 GARLAND, David (2003) *Lucha contra el crimen en Estados Unidos*

y *Gran Bretaña* en Revista Archipiélago, N° 55 marzo-abril, p. 102.

la capacidad de respuesta frente a premios y castigos de los delincuentes concuerdan perfectamente con el sentido común actual y con la moralidad individualista de nuestra cultura consumista. Los delincuentes deben ser considerados libres, racionales, capaces de elegir, porque es así como debemos vernos a nosotros mismos... el delito se considera un acto elegido libremente, una elección racional”⁶⁶.

4. Conclusiones

El análisis del enemigo en el discurso del control en la sociedad contemporánea ayuda a comprender el fenómeno del Derecho penal del enemigo, la criminología del otro y la reinención de la cárcel en su lógica absolutista dentro de las sociedades global y del conocimiento, donde el encarcelamiento es una solución frente a la exclusión social y económica.

El discurso del enemigo sirve simultáneamente como un medio para la satisfacción expresiva de los sentimientos punitivos, típicos del populismo punitivo y un mecanismo para el manejo del riesgo y el confinamiento del peligro. Inventar la existencia de un enemigo sirve, de esta manera, para controlar la ansiedad social sin tener que enfrentar las causas sociales y económicas del delito. Explicar el fenómeno criminal desde el enemigo, es una solución inmediata, fácil de implementar y prácticamente sin oposición política pues concuerda supuestamente con las ideas de sentido común y la opinión pública sobre las causas del delito y las culpas.

Para concluir, una solución al problema criminal que no altere las estructuras sociales y económicas no se constituye en ninguna solución. Ni la actual desigual distribución de la riqueza que permite la expansión del control y el dominio de las clases opulentas disminuyendo las libertades de los otros, podrá solucionar el problema de

la delincuencia, puesto que el control social restringe la libertad de todos.

Bibliografía

ANITUA, Gabriel Ignacio 2000, “Comentario a Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. David Garland, Ed. Siglo XXI, México, 1999”, en Nueva Doctrina Penal.

ANITUA, Gabriel Ignacio: 2010 Historia de los pensamientos criminológicos, Segunda Reimpresión, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo: “Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno”, en: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco (compiladores): 2004 Democracia, justicia y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Walter Antillón Montealegre, San José, Jurídica Continental.

BARBA ÁLVAREZ, Rogelio: Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo, en: <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Esbozo%20Criminologico%20sobre%20el%20Derecho%20Penal%20del%20Enemigo.pdf>

BAUMAN, Zygmunt: 2013 Vigilancia Líquida, Paidós, Buenos Aires.

BECK, Ulrich: 2006 La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.

BÖHM, María Laura: 2011 “Políticas Criminales Complementarias. Una Perspectiva Biopolítica”, en: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Nº 1 (2011), Lima.

GARLAND David y RICHARD Sparks: 2000 “Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times” en: The British Journal of Criminology, Vol. 4, Nº 1, Oxford University Press, Oxford.

GARLAND, David: 2003 “Lucha contra el crimen en Estados Unidos y Gran Bretaña”, en Revista Archipiélago, Nº 55 marzo-abril.

GARLAND, David: 1999 “Punishment and

Society Today” en: Punishment & Society: The International Journal of Penology, Vol. 1, n° 1.

GARLAND, David: 2012 La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Primera Reimpresión, Gedisa, Barcelona.

GARLAND, David: Una institución particular. La pena de muerte en los Estados Unidos en la era de la abolición, Editorial Didot, Buenos Aires, 2013.

GLENDON, Mary: 2011 Un Mundo Nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, Mexico.

JAKOBS, Günther, “Personalidad y exclusión en Derecho penal”, en MONTEALEGRE, Eduardo 2003 (coordinador), Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinador) 2004. La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio, Tirant lo Blanch, Valencia.

JAKOBS, Günther: “¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinadores): 2006 Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Volumen 2, Edisofer, Madrid.

JAKOBS, Günther: 2006 “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel: Derecho penal del enemigo, 2ª edición, Civitas, Navarra.

JAKOBS, Günther: 2005 “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS Günther y CANCIO MELIÁ Manuel: Derecho Penal del Enemigo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

MOSTAJO, Jorge: 2013 Estado de Excepción y Derecho Penal. Bases Filosófico-Políticas del Derecho Penal del Enemigo, Editorial GV, La Paz.

TEDESCO, Ignacio: El pensamiento de David GARLAND, en:

http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=99

WOODROW WILSON CENTER UPDATE ON THE AMERICAS: 2013 Seguridad y Populismo Punitivo en América Latina: Lecciones Corroboradas, Constataciones novedosas de temas emergentes, Woodrow Wilson International Center For Scholars, Washington DC.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: 2005 En torno de la Cuestión Penal, Editorial BdeF, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: 2011 La Cuestión Criminal, Editorial el Planeta, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: 2011 La palabra de los Muertos. Conferencias de criminología cautelar, Ediar, Buenos Aires.

ZYSMAN, Diego: 2012 Sociología del Castigo. Genealogía de la determinación de la pena, Ediciones Didot, Buenos Aires.