

MANUEL CANCIO MELIAY LAURA POZUTTO PEREZ
(Coordinadores)

POLÍTICA CRIMINAL EN VANGUARDIA

Inmigración clandestina,
terrorismo, criminalidad
organizada

Prólogo

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

THOMSON

CIVITAS™

Primera edición, 2008

ÍNDICE GENERAL



CIVITAS
PALEONOLÓGICAS
DEL MUNDO HERIBERTO
DE CORDONARDELA
RELAUADONIA
ESPAÑA

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2008, by Manuel Cancio Meliá y Laura Pozuelo Pérez
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-3062-0
Depósito Legal: NA 3476/2008
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

DERECHO PENAL DE LUCHA.
LO QUE EL DEBATE SOBRE EL DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO NO DEBE LIMITARSE A EXORCIZAR(*)

MASSIMO DONINI

Università di Modena e Reggio Emilia

SUMARIO: 1. EL DERECHO PENAL DE LUCHA ENTRE GARANTISMO CLÁSICO Y LÓGICA DEL ENEMIGO—2. LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD COMO CONCEPTO NORMATIVO EUROPEO. NO MERAMENTE POLÍTICO O CRÍTICO.—3. LA «NORMALIZACIÓN» DE LA LUCHA A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL: UNA RADICALIZACIÓN DEL USO INSTRUMENTAL DEL DERECHO—4. MÁS ALLÁ DE LA HERENCIA DE LA EMERGENCIA Y DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN: LA TENDENCIA A UNA RUPTURA DE LA PROPIA LEGALIDAD—5. LA ASIMILACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LUCHA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO PREMISA DE LA ELABORACIÓN DE GÜNTHER JAKOBS, Y COMO TABÚ DE LA CULTURA DOMINANTE—6. EL «ENEMIGO» ENTRE LA TEORÍA...—7....Y LA REALIDAD—8. LOS RIESGOS DE UNA VULGARIZACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO Y LA EXIGENCIA DE UNA DELIMITACIÓN, LA HERMENEÚTICA DE LUCHA.—9. DEL «ENEMIGO» A LA «LUCHA»: AL «CONTRASTE», CUANDO EL DERECHO DE LUCHA LESIONA LA TERCERÍA Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ.—10. LA «CIENCIA» Y LA «POLÍTICA» FRENTE A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y A LA NEUTRALIZACIÓN DE LOS AUTORES PELIGROSOS.

1. El derecho penal de lucha entre garantismo clásico y lógico del enemigo

Son siempre más numerosas las fuentes internacionales que comprometen a los Estados a una «lucha» contra cualquier forma de criminalidad. Son del mismo modo abundantes las investigaciones financiadas por la Comunidad Europea, y orientadas a programas de lucha contra la criminalidad. Las políticas nacionales y la propia cultura de los operadores del sector aparecen profundamente condicionadas por estos impulsos, y conocen un cambio en la propia aproximación crítica a la materia.

(*) Traducción a cargo de PABLO GUERIZ TRICARICO (Universidad Autónoma de Madrid).

Están naciendo nuevos intelectuales orgánicos a estos programas, y quizá ni siquiera se den cuenta: el compás de la seguridad urbana al securitarismo mundial puede plantearse en breve en una dimensión «glocal»(1), global/local. Este discurso toca de cerca de los criminólogos y a los sociólogos (véase por ejemplo el tema de la seguridad ciudadana), pero también a los europeístas del Derecho penal, y no sólo a ellos, como se verá claramente de inmediato. Si el Derecho es visto como un «arma», ¿cómo podrá servir de garantía? ¿Cómo podrá el Derecho penal tutelar al ciudadano *frente* al Estado, si es visto sólo como un medio para golpear a los enemigos, antes aún de que sean confirmados como tales?

Desde algunos años se discute sobre el *fenómeno*, e incluso todavía más (quizá demasiado), sobre el *concepto* de Derecho penal del enemigo(2). Así establecidos los términos del debate, la casi totalidad de los comentaristas ha repudiado la legitimidad de las manifestaciones jurídicas del fenómeno, cuando no incluso el uso mismo de la categoría, olvidando discutir de aquello de lo que, sin embargo, aquel fenómeno extremo representa sólo la radicalización, y que aparece en su cotidianidad como el

(1) *Cfr.* sobre la expresión, que es hoy un *topos* de la literatura sobre la globalización, R. ROBERTSON, *Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity*, en FEATHERSTONE, LASH, ROBERTSON (Eds), *Global Modernities*, Sage, London, 1995, 25 ss.

(2) Puede consultarse una recopilación enciclopédica de la literatura editada hasta 206 en M. CANCIO MELLA/C. GÓMEZ-JARA DIEZ (coordin.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2. vol., Edisofer S. L., Euros Editores, B de F Ltda., Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, vol. I, pp. XXIII-1111; vol. II, pp. XXI-1173. Para una cuidada antología, con representación también

en el debate americano sobre el fenómeno, *Derecho Penal del enemigo. Un debate internacional*, a cargo de M. DONINI/M. PAPA, Giuffrè, Milán, 2007. Véase asimismo, en el panorama editorial italiano, el número monográfico de *Cuestión justicia*, 4/2006 («Hacia un Derecho Penal del enemigo»), y las Actas del Convenio de Trento, celebrado los días 10-11 de marzo de 2006, organizado por la Asociación Franco Bricola, además de por la Facultad de Derecho de la *Università degli Studi di Trento*, sobre «Diritto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli», a cargo de A. GAMBERINI y R. ORLANDI, Monduzzi, Bolonia, 2007.

aspecto tolerado, si no tolerable, de la acción de contraste del Estado a través de medios de lucha vinculados al Derecho penal. El Derecho penal de lucha, como veremos, es el lado oscuro y más problemático de la realidad hoy discutida bajo las mentadas huestes del Derecho del enemigo. Aquí éste emergerá claramente.

Veremos cómo el Derecho penal de lucha constituye un ataque frontal que las instituciones europeas han levantado contra el garantismo (salvo ver cuánto de propaganda «bélica» traduce de nuevo en normas «de lucha» que vinculen también a la magistratura), pero también contra la criminalidad, de modo que, al mismo tiempo, aquél contiene algunos momentos del todo legítimos aunque desagradables, de la acción de contraste del Estado contra fenómenos seguramente graves y peligrosos. Éste [el Derecho penal de lucha] hace necesario, por este motivo, una relectura del garantismo clásico, aquel que desconoce a) las normas de excepción y b) la realidad de una pena que mira al autor, en vez de sólo al hecho.

La diferencia respecto del Derecho penal del enemigo, sin embargo, es que este último, *per definitionem* es no-Derecho o Derecho ilegítimo.

No obstante, la frontera entre las dos categorías (y realidades correspondientes) no es linear, sino *flou*. La misma distinción entre lícito e ilícito es evidente sólo para quien ya esté convencido de la solución. Por ejemplo, ya hablar de la pena de muerte –típica sanción de aniquilación– como ejemplo de «no Derecho», habría sido impensable hace cincuenta años, y es difícil hacerlo fuera de Europa, tanto que declarar su ilegitimidad *jurídica* internacional constituye una operación cuya aceptación dista mucho de ser pacífica.

En la presente intervención se adoptará una distancia crítica tanto de la vieja cultura de la sospecha (sobre todo la de matriz abolicionista), que no llegaba a legitimar las finalidades de defensa social para las cuales ha nacido y

existe el Derecho penal, como de las adhesiones jurídicas a la criminalidad (sobre todo la que contamina la cultura de la jurisdicción), que destruyen la idea misma de Derecho, para individualizar la exigencia de repartir los deberes y las actitudes de los operadores jurídicos de manera diferente, según los roles que cada uno está llamado a desempeñar. Entre ellos, los roles del estudioso, del juez, del ministerio público y de las fuerzas de policía son aquellos que más se ven investidos. Emergerá de aquí un discurso diferenciado sobre los distintos momentos en los cuales el Derecho —es decir, una norma cualquiera, también penal— puede perseguir, o le está prohibido perseguir, *finalidades* de contraste, más allá de la *función* que de hecho desempeña. De hecho, sólo un Derecho penal rigurosamente retributivo (y hablo aquí de retribución ética, kantiana *in primis*), puede permitirse eliminar cualquier momento de contraste y de neutralización desde las funciones típicas del Derecho, del proceso y de la propia pena.

2. La lucha contra la criminalidad como concepto normativo europeo, no meramente político o crítico

La lucha contra la criminalidad, por lo tanto, ya no se presenta como un mero fenómeno sociológico, como un momento práctico propio de la acción de policía o de las finalidades subjetivas («los preámbulos») de un programa gubernamental, o como una característica de la mera política criminal (distinta por ello del Derecho penal), según la famosa reconstrucción de VON LISZT(3).

(3) No debemos olvidar que justo en LISZT, o en corrientes del positivismo criminológico italiano (GARÓFALO, por ejemplo), se encuentran algunas manifestaciones radicales orientadas a la «policía social», también de tipo quirúrgico, contra la delincuencia. Nos lo recuerda expresamente E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho pe-*

nal, Buenos Aires, 2006 (impreso en propio), 66 ss. Cuando F. V. LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und atropologischen Forschungen*, 80, elabora la famosa definición del Código Penal como «Magna Charta» del delincuente, no reniega e incluso refuerza que el Código es una «parte» de los instrumentos que el Estado utiliza

Tampoco consiste en un aspecto contingente y excepcional de alguna «ley de emergencia» relegada por el pensamiento ortodoxo a las ilusiones o a las formas del Derecho transitorio. Se trata más bien de un *concepto normativo*(4) que implica las funciones ordinarias del Derecho penal y la propia dimensión jurisdiccional del Derecho, además del proceso penal. Éste aspira a ser *una constante epistemológica* del Derecho penal europeo, y por lo tanto, inevitablemente, también del [Derecho penal] nacional.

Los ejemplos de ello son múltiples.

En la Unión Europea es incontable el número de textos que reclaman finalidades de lucha. Las decisiones marco más recientes sobre los temas de lucha contra el racismo y la xenofobia, abuso sexual de menores(5), trata

contra la delincuencia. Justamente por esta razón, más bien, surge el garantismo. Sobre esta discutida —aunque considero aparente— contradicción dentro del programa teórico de Liszt, donde las finalidades de lucha a la criminalidad, acentuadas en la parte criminológica, se enfrentan a las garantías jurídicas de cada ciudadano (y también del criminal) hacia el poder punitivo, *cf.* SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (1947), 3 ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983, 362-364; A. CALVI, *Introduzione a F. V. LISZT, Der Zweckgedanke* (1882, rist. 1905), traducción italiana *La teoria dello scopo in Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, Xn s.; C. ROXIN, *Franz vid. LISZT, Und die Kriminapolitische Konzeption des Alternativentwurfs in ZStW*, 81, 1969, 630 ss., spec. 637 ss.; 640 ss.; W. NAUCKE, *Die Kriminapolitik des Marburger Programms, in ZStW*, 94, 1982, 525 ss., spec. 540 ss.; 544 ss.; 563 s. En realidad, también en LISZT queda la idea de una primacía «Vorrang» epistemoló-

gico y preventivo de la política criminal sobre la dogmática y sobre el Derecho Penal, aun con el límite garantista de la legalidad por lo que se refiere a la actividad del intérprete, del juez y de la Administración de Justicia. Ahora, sobre este aspecto, en particular, M. FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Duncker & Humblot Berlin, 1987, 76-83.

(4) Es decir una noción prevista por normas de ley cuyo contenido puede ser comprendido *jurídicamente* sólo a través de reenvío a las fuentes narrativas que definen o contienen la explicación de la locución jurídica en cuestión. Si las fuentes no contienen la definición del término, como a menudo sucede con los elementos normativos del hecho delictivo, será el intérprete el que las llene de igual manera de contenido, el que las concrete en vía hermenéutica.

(5) V. ahora la Ley de 6 de febrero de 2006, número 38, expresamente titulada «disposiciones en materia de lucha contra el abuso

de seres humanos etc., vienen solamente a añadirse a un Derecho de lucha que se ha gestado en torno a la represión del fraude comunitario y se ha extendido a la protección de los derechos fundamentales. El Derecho de la Unión europea hoy, es significativamente el del tercer pilar, es un Derecho típicamente inspirado en la «lucha» (6). Hasta el punto que esta dimensión atraviesa a todo trapo la propia Constitución europea. De hecho, en el texto del Proyecto de Convención del Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, durante seis veces aparece la expresión «combatir» con referencia a las discriminaciones por razón de sexo, raza, religión, etc. (art. III-118, III-124), a los delitos que lesionan los intereses financieros de la Unión (art. II-274, en relación con la institución de Eurojust y de una Fiscalía europea), desde el terrorismo (art. III-309), a la lucha que lesiona los intereses financieros de la Unión (art. III-415, párr. 2).

sexual de los niños y la pornografía infantil también a través de internet».

(6) Es en nombre la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, por ejemplo, que el Consejo de Unión Europea, con la Decisión marco 2004/754/GAI de 25 de octubre de 2004, compromete a los Estados-miembros a adoptar las normas mínimas para «combatir» dicho tráfico, y entre ellas indica, entre otras cosas, la introducción «como delito» de la instigación, de la complicidad o de la tentativa de cometer los delitos de producción, comercialización, transporte, cesión, detención, etc. de sustancias estupefacientes (art. 3), dejando sólo como facultativa la posibilidad de los Estados de no prever la punibilidad de la «tentativa de detención», de ofrecimiento o de preparación de estupefacientes (art. 3, párrafo 2). En materia de terrorismo, por ejemplo, a partir del Tratado de Maastricht (1992), en

su artículo K, la lucha al terrorismo se ha convertido en uno de los objetivos fundamentales de la política de la Unión. La Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (2002/571/GAI) titulada expresamente «lucha contra el terrorismo» y la precedente posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, relativa a la aplicación de medidas específicas para la lucha contra el terrorismo (2001/931/PESC), son sólo dos de los textos significativos entre los más que numerosos documentos construidos sobre los mismos *inputs* políticos. Sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea *cf.* A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, en VV AA, *Contrasto al terrorismo interno e intenzionale*, a cargo de R. E. KOSTORIS y R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, pp. 365 ss; A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2005.

Si del combate pasamos a la «lucha», la expresión aparece catorce veces.

Si de la Unión Europea pasamos a las Naciones Unidas el clima y la cultura no cambian. Por último, con la ley de 16 de marzo de 2006, n. 146, que introduce en el ordenamiento italiano una disciplina para combatir el crimen internacional, y da actuación a la Convención, y a los respectivos Protocolos de las Naciones Unidas, contra el crimen organizado transnacional, adoptados por la Asamblea general el 15 de noviembre de 2000 y el 31 de mayo de 2001, podemos notar que no solamente en el primer artículo está expresamente prevista una finalidad de «lucha», o mejor de combate eficaz. El artículo 7 de la Convención se titula: «medidas de lucha contra el lavado de dinero», y el sucesivo art. 14, párrafo 3, letra a), a propósito de las medidas de incautación patrimonial, se refieren a las «lutte contre la criminalité organisée». En el *texto* de la Convención los términos lucha y luchar aparecen nueve veces.

La lucha y el combate jurídicos no pertenecen más, por tanto, a los preámbulos de las leyes y a los fines publicitarios de una acción de gobierno, no son ni siquiera más el objeto privilegiado de los discursos «críticos» sobre el Derecho penal desarrollados en las áreas o en las publicaciones frecuentadas por juristas alternativos que «desvelan» los *arcana imperii*: éstos son *objetivos incorporados a textos legislativos internacionales fundamentales*, y han adquirido la naturaleza de verdaderos y propios *conceptos normativos*.

Estas finalidades de lucha *pueden por tanto cambiar la interpretación de las reglas y la aplicación del Derecho*.

3. La «normalización» de la lucha a través del Derecho penal: una radicalización del uso instrumental del Derecho

A mi juicio, el fenómeno presente es distinto de las

formas conocidas, y todavía recientemente analizadas, de búsquedas de objetivos de seguridad a través del Derecho penal («Sicherheit durch Strafrecht»(7)), va más allá de la cultura de un Derecho penal orientado a la idea de la finalidad y por tanto a la subordinación del Derecho (penal) a la política (criminal) como proyecto «vidente» que hace de la regla un instrumento para conseguir resultados(8), y es distinto de aquello que a veces ha sido etiquetado como un Derecho «orientado a las consecuencias», y que, como tal, exige un juez que no lleva a cabo meros programas condicionales (si X... entonces Y), y no se limita a aplicar silogismos(9). No se trata tampoco aquí, de concepciones instrumentales de la pena, más conocidas como concepciones relativas de la pena contrapuestas a las concepciones retributivo-absolutas.

Todas las mencionadas impostaciones o culturas, de hecho, aparecían y son todavía conciliables con la idea del Derecho (penal) como forma de justicia. Una justicia ya no más absoluta, es verdad, pero si acaso una justicia útil, y no obstante siempre realizada a través de afirmaciones que entienden el Derecho como un deber y un derecho indisponibles por parte del juzgador, el cual no puede «servirse» de ellos, sino que queda siempre sometido. También la búsqueda de la seguridad por medio del Derecho, si bien actuada en las formas del Derecho penal simbólico, del riesgo, de la prevención general positiva, no se sustrae en cuanto tal a la cultura de la jurisdicción.

El Derecho penal de lucha sin embargo, con respecto a estas distintas manifestaciones, constituye una radicalización de las concepciones instrumentales del Derecho, presen-

(7) HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, en *Strafverteidiger*, 2006, pp. 321 ss.

(8) Lo he tratado en M. DONINI, *Il volto attuale dell' illecito penale*, pp. 75 ss.

(9) Cfr. sobre las diferentes culturas de las orientaciones a fines, valores y consecuencias, M.

DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, en *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2001, pp. 40-46; el mismo, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, en *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2003, pp. 155-159.

tes en la idea de la finalidad y todavía más en la de la orientación a las consecuencias. Ahora en el Derecho mismo, en su capacidad de proyección, aún antes que en su «función», a ser concebido como el medio *para una finalidad distinta de la simple tutela de bienes o de la «justa» regulación de relaciones*. Éste no se limita a reenviar a una mera teleología interna a sí mismo, o a una orientación de su aplicación a las *rationes* que sustentan el contenido de las normas, o bien a la consecución de resultados que la norma misma impone conseguir *a través de su observancia*. Es más bien la norma misma la que funciona como *instrumento para finalidades externas a ella*. La norma amenaza un mal, y este mal es un arma para conseguir una finalidad. La *finalidad*, sin embargo, además de aquella específica de la incriminación singular (por ejemplo, prevenir y reprimir las conductas concretas subsumibles en tipos penales, de tráfico de seres humanos, etc.), es al mismo tiempo *la victoria contra un fenómeno lesivo o peligroso*. El destinatario final del Derecho penal de lucha no es sólo el autor de los hechos delictivos, sino antes de nada el órgano público llamado a aplicar las normas: policía judicial, Ministerio Fiscal, juez. El autor de los hechos, el trasgresor, es el adversario que expresa o representa de manera contingente el fenómeno contra el cual los órganos públicos usarán las armas del Derecho. El Derecho «por tanto», para los órganos públicos, mientras los trasgresores son destinatarios de una acción de contraste. La finalidad es ganar (no sólo combatir) este fenómeno, y tanto el Derecho penal sustancial como el proceso están directamente implicados.

El *novum* de la normativa europea e internacional vigente está constituido por dos aspectos:

- a) la idea de la lucha y el empeño en una praxis conforme están incorporados en la legislación penal, o por lo menos de las leyes que concuerdan con las penales en la definición de la estrategia de protección completa;
- b) el clima de lucha, la utilización léxica de este tér-

mino jurídico, de este empeño colectivo, al que están llamados los poderes públicos, jueces incluidos, están ya extendidos a todos los ámbitos de intervención de la «justicia penal» de la Unión Europea: desde el fraude comunitario a la pornografía infantil, desde el blanqueo de capitales al racismo, desde la trata de seres humanos a los estupefacientes, a la criminalidad económica, desde los delitos de inmigración al terrorismo internacional.

Fenómenos extremos y fenómenos difusos reciben el mismo tratamiento o la misma cualificación, siempre y cuando interesen a las políticas comunitarias. Asistimos así a lo que podríamos llamar una «normalización» del Derecho Penal de lucha: de derecho de emergencia a cualidad destacada de la legislación comunitaria en materia de justicia penal. El Derecho Penal de lucha actual no se presenta de ninguna manera como un Derecho excepcional, sino como un *Derecho Penal normal de la política criminal europea*: si los intereses en juego son de relevancia comunitaria, entonces el Derecho Penal que los protege es de lucha.

4. Más allá de la herencia de la emergencia y de los estados de excepción: la tendencia a una ruptura de la propia legalidad

El penalista italiano podría sentirse bastante vacunado contra estas nuevas tendencias legislativas, siendo Italia el país donde nació culturalmente el garantismo, en el signo del Derecho constitucional (BRICOLA, FERRAJOLI y la aproximación constitucionalista en general), como concepción del Derecho antinómica a la razón de Estado como fuente legítima del Derecho Penal. Sin embargo, como se ha anticipado, los *trends* legislativos actuales presentan aspectos de novedad. (Hemos experimentado la herencia del Derecho Penal de la emergencia) *La herencia del Derecho Penal de la emergencia la hemos experimentado* sobre todo en el ámbito de los delitos asociativos y de los delitos de anticipación: la primera característica de la

«lucha» contra los fenómenos de emergencia como han sido o son [todavía] el terrorismo, la mafia y la criminalidad organizada, la corrupción institucional, y que se trata de *fenómenos* estructuralmente *permanentes* al tiempo del enjuiciamiento (aunque sean más bien trasuntos de los delitos naturales del llamado Derecho Penal clásico, que siguen siendo en su mayor parte delitos instantáneos). La constancia y la duración del vínculo asociativo ha producido la construcción de tipos *ad hoc* igualmente «permanentes», como son los delitos asociativos. La ley aplicada por el Juez, en estas hipótesis, *mira al presente y al futuro no menos que al pasado*. Cuando uno de estos fenómenos, de hecho, llega a juicio, todavía sigue su curso y amenaza con continuar a serlo por mucho tiempo, a diferencia de los casos del todo ordinarios donde el hecho-delito es una cosa «pasada», concluida al tiempo del juicio.

El juicio penal, el *jus dicere*, queda por ello condicionado. El juzgador se siente bajo dos fuegos, en conflicto entre dos lógicas contrapuestas: la dimensión serena de las garantías, por una parte; la idea de finalidad y de lucha contra la criminalidad, por la otra, como objetivos *conjuntos* del instrumento penal, que ha absorbido en sí ya también funciones de policía: arma y derecho, lucha y garantía sobre el límite de emergencia de los estados de excepción (10).

(10) Ver lo ya observado al respecto en M. DONINI, voz *Teoria del reato*, en *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Utet, Torino, 1999, p. 296, sobre la relación entre Derecho sustantivo y proceso en los delitos en los que la comprobación procesal no tiene como objeto fenómeno «pasado y concluido», sino permanente. LUIGI FERRAJOLI, hace unos veinte años, (L. FERRAJOLI, *Delito político, ragioni di Stato e Stato di Diritto*, en *VV AA, Il delitto politico dalla fine dell' Ottocento ai giorni nostri*, Sapere 2000, Roma, 1984, p. 52.

Ver también el mismo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 858 ss.), ha rastreado de esa manera las distorsiones que conllevan tales situaciones, evocando desde entonces la lógica del «enemigo» como una característica destacada de la normativa de emergencia: «Questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell' amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi che abbiamo sotto gli occhi, in tutte le fasi del processo; all' atto di formulazione

El *delito asociativo*, en particular, sirve para anticipar toda una serie de intervenciones procesales, utilizables con función de contraste, o de «lucha» (interceptaciones, cacheos, interrogatorios, detenciones, etc.), antes de que subsista la prueba de la comisión de cualquier delito-fin.

Es un delito *procesal-serviente*: sirve para probar otros delitos ignotos a través de autores notorios, y en todo caso para asegurar a estos últimos el control penal, resultando menos relevante que dé lugar una comprobación definitiva en juicio.

Por otra parte, la *anticipación de la tutela* representada por la punibilidad autónoma de (aquellos que normalmente serían) *actos preparatorios, meras inducciones, meros acuerdos* etc., en especial cuando sus jures son subversivos, terroristas, etc., no hay duda que se refiere a tipos que se alejan del Derecho Penal de la ofensa para acercarse a la neutralización de autores peligrosos: más que formas de subjetivismo (como se ha dicho muchas veces), son tipos que se prestan a identificar al autor peligroso antes de que se produzca el hecho lesivo.

Por cuanto la «lógica» de estas incriminaciones pueda ser recuperada (en sede de juicio y debate) por el Derecho penal de la ofensa con una reconversión hermenéutica del tipo, su utilización procesal en función de lucha (sobre todo *durante las diligencias*) es innegable y verificada.

delle accuse, quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo di autore che contraddice il principio liberale che si delinque in quanto *si opera* e non in quanto *si è*; nel corso del processo, quando "amici" y "nemici"

si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate, ma al contributo arrecato alla verità accusatoria».

Si, por lo tanto, en los años setenta del siglo pasado se ha pensado que los fenómenos en cuestión eran en cualquier caso susceptibles de ser «cincunscritos», bien diferente es el efecto de la señalada extensión y normalización de un derecho que se convierte en instrumento de lucha política. No se trata, por lo demás, de una novedad.

Era esto, si se quiere ver bien, el modo con el que el Ministro GUARDASIGILLI ALFREDO ROCCO concebía *todo el código penal* 1930(11), y en la experiencia jurídica paralela del nacionalsocialismo el *derecho penal* venía expresamente definido, *en su conjunto*, como un derecho de lucha(12).

Estas ideologías penales hacen del derecho criminal un instrumento de excepción por antonomasia, un «derecho» sometido a la razón de Estado, porque *la regla que define el ilícito sirve para combatir un fenómeno que va más allá de su campo definitorio*.

Esto, no obstante, es el *contrario exacto del garantismo*, dado que resulta violado su *principio cardinal* que es el *de la legalidad*: utilizar el derecho como un arma contra un fenómeno significa que la regla es un instrumento para neutralizar situaciones externas a ella, y por tanto fuera de su cabida definitoria: la norma sobre el homicidio no combate el homicidio, sino que define las consecuencias jurídicas de su comisión. Sin embargo, si ponemos en conexión tal norma con todas las reglas procesales (las medidas cautelares, las incautaciones, las interceptaciones, las investigaciones patrimoniales o los controles de

(11) Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re*, para la aprobación del texto definitivo del Código penal, en *Codice penale*, a cargo del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, ed. Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, Roma, 1930, *passim*.

(12) Éste («Strafrecht ist Kampfrecht»), el juicio del Presi-

dente del Volkgerichtshof nacionalsocialista, Roland Freisler, reportado por KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, p. 107, citado por T-VORMBAUM, *Aktuelles zur Lage des Strafrechts*, en *Fest. Dimitris Th. Tsatsos*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 703.

policía, por ejemplo). que pueden aplicarse a los sujetos investigados por homicidio, y quizá también a terceros sujetos insertados en un contexto delincuencia «de contorno», comprendemos enseguida que hay un espacio de «lucha» respecto al cual la norma penal sustancial representa solamente una fuente de legitimación, o si queremos una «patente de legitimidad». Cuanto más las reglas, si acaso en ámbitos de anticipación, legitiman tales acciones de contraste, tanto más se encuadran en el Derecho Penal de lucha. Esto es en parte del todo normal en el ámbito de la utilización ordinaria de las conexiones entre reglas sustantivas y procesales (por ejemplo, una incautación, una detención). La radicalización del momento dinámico del contraste y de la lucha, no obstante, conlleva consigo la inevitable instrumentalización de las propias normas de garantía como son las del código penal y también las del código ritual.

Todo el código penal corre el riesgo de experimentar una mutación genética si se relee en la fase de las primeras diligencias y de los indicios que en este estado procesal son suficientes para activar medidas también muy graves.

Podemos por lo tanto asumir como hipótesis de investigación la siguiente: la *normalización* del Derecho Penal como instrumento de lucha representa hoy el ataque institucional más directo y formidable al garantismo penal como producto maduro de la orientación constitucionalista. Veremos si se trata solamente de esto, o también de la necesidad de llevar a cabo una revisión parcial de las concepciones del garantismo que hemos heredado, las cuales podrían presentar también algún *déficit* de construcción originaria.

5. La asimilación del Derecho Penal de lucha al Derecho Penal del enemigo como premisa de la elaboración de GÜNTHER JAKOBS, y como tabú de la cultura dominante

GÜNTHER JAKOBS ha tomado su idea a partir de numero-

sos ejemplos, en la legislación penal alemana, de «*Gesetzes zur Bekämpfung*», de la criminalidad económica a la más específicamente y latamente organizada, por los delitos sexuales, a los estupefacientes, al terrorismo, y ha visto en estas normativas un típico ejemplo de «Derecho Penal del enemigo»(13).

Con este asunto él no sólo afirma la imposibilidad de distinguir entre un Derecho Penal de lucha y un Derecho Penal del enemigo, sino busca también identificar un espacio jurídico legítimo para ambos al mismo modo, y a tal fin identifica sustancialmente los dos fenómenos.

Esta identificación, como se demostrará, está equivocada. Mientras el Derecho Penal del enemigo «no es Derecho penal», como le ha contestado en coro casi toda la ciencia penal(14), el Derecho Penal de lucha ([con-

(13) Entre sus numerosas intervenciones, las más paradigmáticas son: G-JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, en G. JAKOBS-M. CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 26 ss., ahora también en lengua italiana, a cargo de F. RESTA, en *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cargo de M. DONINI y M. PAPA, Giuffrè, Milano, 2007; el mismo, *Terroristen als Personen im Recht?*, relación a la Strafrechtslehrtagung in Frankfurt an der Oder en mayo de 2005, en *ZStW*, 2005, pp. 839 ss. Anteriormente, *vid.* el mismo, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von der Herausforderungen der Gegenwart*, en A. ESER-W. HASSEMER-B. BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, München, 2000, pp. 47 ss., especialmente pp. 50 ss., 52 ss., sólo que entonces con intentos de deslegitimar como contrario al Estado de Derecho el denominado

Derecho Penal del enemigo (revisado sobre todo, en 1985, en las hipótesis de delitos de atentado, penalización de actos preparatorios, etc.), el mismo, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en *ZStW*, Bd. 97, 1985, pp. 753 ss.

(14) Para retomar el título de un artículo reciente de B. SCÜNE-MANN, *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht*, en *Fest. Nehm*, Berliner-Wissenschaftsverlag, Berlin, 2006, pp. 219 ss.; análogamente, entre nosotros, L.-FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, en *Questione giust.*, 2006, pp. 797 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, *ibidem*, pp. 679 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, *cit.*, pp. 57-59; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, en *Dir. pen. E proc.*, 2006, pp. 895 ss., 897 ss. *Amplius* reenvío a las obras colectivas mencionadas en la nota 2.

cepto] sobre el cual los detractores de JAKOBS han preferido sobrevolar, haciendo crecer que no haría falta detenerse en la distinción) es Derecho cotidiano de la Unión Europea. Si JAKOBS tuviera razón, todo el Derecho Penal de matriz comunitaria, que se concibe y presenta a sí mismo en función de lucha, sería ilegítimo, sería un Derecho penal «de autor», o un Derecho que –al mismo tiempo que el Derecho Penal del enemigo–, trata a los responsables como «no personas», o como sujetos peligrosos que deben ser neutralizados. Por el contrario, los perfiles de ilegitimidad de aquello que podemos (y veremos mejor) definir «diritto di lotta», se identifican en algunos momentos y a trazos específicos, más que en general(15).

Es verdad, por lo demás, que Derecho Penal de lucha se coloca en la frontera con el [Derecho Penal] del enemigo, y por lo tanto está siempre expuesto a riesgo de ilegitimidad. De sus prestaciones, por otro lado, parece que no es posible hoy prescindir, y justo por esta razón

(15) En contra, ahora, explícitamente, y en polémica con quien escribe, A. CAVALLIERE, *Diritto penale -del nemico- e -di lotta-; due insostenibili legittimazioni pero una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, en *Delitto politico e Diritto penale del nemico*, a cargo de A. GAMBERINI, R. ORLANDI, Monduzzi, Bologna, 2007, pp. 275 ss., 280 ss. A las tesis por él sostenidas puede servir como aclaración y respuesta la presente contribución. Léase oportunamente, al respecto, también F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principio fondamentali*, cit., pp. 666 ss., especialmente pp. 674 ss., en relación con la lectura de los principios constitucionales como *maximum standard*. El texto relativo puede consultarse *infra*, parágrafo 10. También la clasificación reali-

zada por Palazzo sobre el Derecho del enemigo (Derecho ilegítimo, construido sobre la base de tipologías de autor, implementado con tendencia a la desjudicialización, y con marcada inclinación sancionatoria a la neutralización, eliminación, etc.) es en lo esencial muy cercana a la posición que mantengo, aquí y en los anteriores trabajos citados. La diferencia más relevante, a parte de la falta de enucleación del derecho de lucha, es que Palazzo tiene una visión mucho más «positiva» del Derecho penal clásico y tradicional (*Op. ult. cit.*, pp. 681 s.), que considera sustancialmente antinómico, en su *ratio essendi*, respecto de los rasgos del Derecho del enemigo. No puedo, por el contrario (como he motivado varias veces), alentar serenamente esta confianza.

quien trata del Derecho Penal del enemigo para decir que no es Derecho o Derecho ilegítimo, es reacio a hablar del fenómeno adverso complementario. Del Derecho de lucha no se habla ni tan siquiera, siendo por tanto un verdadero *tabú* de la cultura penalista dominante: una realidad que no se puede evitar, que se acepta de hecho pero que debe ser escondida porque faltan las categorías culturales y políticas para su legitimación(16). Ahora que se ha transformado en un concepto normativo, sin embargo, una actitud similar no resulta ya proponible. Exactamente de esto se trata en las páginas sucesivas.

6. El «enemigo» entre la teoría...

No retomo ahora la descripción del punto de vista de JAKOBS, que es el único autor contemporáneo que ha intentado verdaderamente legitimar un espacio autónomo de Derecho Penal destinado a los «enemigos» del Estado(17). Recuerdo solamente en breve síntesis, que el núcleo de su tesis distingue entre un Derecho Penal del ciudadano y uno del enemigo, incluyente el uno, y exclu-

(16) Para una referencia precisa, ahora, W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, cit., pp. 323, y aquí, después de la observación de que es problemático leer de nuevo la palabra «autor», junto a la de «lucha», en los textos legislativos, el comentario: «Ha pasado el tiempo de la utilización de una nomenclatura atenta y prudente. Ahora se usa la aceptada».

(17) El único autor contemporáneo, ya que, como él mismo nos recuerda, en páginas quizá no tan conocidas o valoradas de HOBES y de KANT (entre otros) es posible encontrar fuentes relevantes para un anclaje filosófico de la posición de JAKOBS. Ya he intentado caracterizar su punto de vista en *Domini: il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., pp. 751ss; y en el

mismo, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 32 ss., pp. 61 ss. Reenvío de manera más difusa, en lengua italiana, a las contribuciones del propio JAKOBS y de otros autores sobre él en particular CANCIO MELLÀ, AMBOS, MUÑOZ CONDE, HÖRNLE, PASTOR), que se contienen en *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit. Para una ilustración amplia del trasfondo histórico-filosófico de las posiciones centradas en la idea de una guerra jurídica contra los enemigos del Estado, me remito a L. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant-lo-Blanch, Valencia, 2005, pp. 117 ss., y al citado libro de ZAFFARONI (*El enemigo*, cit., pp. 8 ss.).

yente el otro, dialógico el primero, de pura neutralización el segundo, que deben a su juicio quedar rigurosamente separados. El Derecho Penal del ciudadano estaría destinado al delincuente «normal», al cual corresponden todos los derechos (el estatus del ciudadano), porque él es un destinatario válido de la norma, dado que reconoce el ordenamiento. Al enemigo, por el contrario, al que se coloca fuera del orden social porque quiere amenazarlo constantemente, transformándose por principio o por convicción en un adversario del ordenamiento jurídico, no se le puede aplicar un Derecho dialógico: éste no presenta una «garantía cognitiva» suficiente, es decir, la capacidad de reconocer el ordenamiento, por lo que debe ser tratado como un sujeto peligroso. La pena aplicada en su caso, no contradice la violación de una norma por parte de un sujeto que reconoce el ordenamiento, sino que cumple una función de eliminación de un peligro(18). En este sentido, éste no es «persona», es decir un sujeto con el cual es todavía posible el diálogo por parte del ordenamiento(19). Cuando un individuo no ofrezca dichas garantías, «el Estado no debe tratarlo como persona, ya que el caso contrario lesionaría el Derecho a la seguridad de las otras personas»(20). De este modo la pena, respecto al enemigo, resulta aflictiva y permanece punitiva, pero asume la exclusiva función preventivo-especial (de tipo negativo) de una medida de seguridad (sin llamarse como tal), e incluso, la propia medida de seguridad, según JAKOBS, constituiría un ejemplo de Derecho Penal del enemigo(21).

(18) G. JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano*, cit., pp. 23 s., 35 s., 40, 42 s., 27, 55 s. V. También el mismo, *Terroristen als Personen im Recht?*, cit., *passim*.

(19) G. JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano*, cit., pp. 47, 51 s., o que «ofrezca una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal»(ivi). Sobre el concepto de persona en la visión

jakobsiana del Derecho, *vid.* K. GÜNTHER, *Schuld un kommunikative Freiheit*, Klostermann, Frankfurt a. M., 2005, pp. 52-62.

(20) G. JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano*, cit., p. 47, cursiva en el original.

(21) G. JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo*, cit., pp. 24, 33. En el mismo sentido, ahora, sea siquiera desde un punto de vista opuesto

En esta teorización, como ya se ha identificado en otra ocasión, hay una profunda distancia entre el concepto y los ejemplos.

El *concepto* de Derecho Penal parece recortado sobre el terrorista islámico: un tipo de autor incoercible al diálogo, no susceptible de aceptar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales como base de reconocimiento recíproco del ordenamiento y de la sociedad civil.

El concepto de Derecho Penal del enemigo parece dibujado a medida para el terrorista islámico: un tipo de autor incoercible al diálogo, no susceptible de aceptar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales como base de un reconocimiento recíproco del ordenamiento y de la sociedad civil. Sólo frente a tal sujeto puede decirse que no presenta una «garantía cognitiva» adecuada para ser destinatario de una pena que pretenda cumplir una función «pedagógica» o de restauración o estabilización de valores: no desde luego respecto del delincuente económico normal, del blanqueador de dinero sucio, de quien contamina el medio ambiente o adultera alimentos. Y, sin embargo, los *ejemplos* de Derecho Penal del enemigo acogidos por JAKOBS no se corresponden para nada con el «tipo de autor» que ha inspirado su concepto.

En este Derecho Penal del enemigo, y no sólo de lucha, JAKOBS pone en común junto a la normativa antiterrorista la legislación penal económica, sexual etc., que no son ciertamente hoy ejemplos paradigmáticos de leyes de excepción o de emergencia dirigidos a la neutralización pura de tipos de autores incoercibles al diálogo(22).

al de JAKOBS, E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006 (impreso por él mismo), 119, en el sentido que la pérdida de algunos derechos fundamentales de la persona a costa de algunos sujetos sería «la consecuencia

necesaria de la admisión de las medidas de seguridad».

(22) Verdad, por tanto, que «la "lucha" contra el terrorismo no sólo es una palabra, sino un concepto; con ella se designa una acción contra enemigos» (G. JA-

En cuanto a la vía de las medidas de seguridad (igualmente considerada paradigmática), si consideramos sobre todo aquéllas dirigidas a los menores y a los enfermos mentales, es decir las más legitimadas también por nuestras perspectivas de reforma, éstas no están dirigidas necesariamente a fines no dialógicos. Se presenta sin embargo como particularmente perjudicial la operación intelectual que finge solamente describir una realidad aborrecida por todos⁽²³⁾, que trata de legitimar con argumentos jurídicos, ciertamente no sociológicos, y a tal fin, reclamando textos filosóficos de KANT y HOBBS, propone aplicar a los enemigos una vía (sic) nueva de penas que tendrían la misma función «excluyente» de las medidas de seguridad, junto a las penas ordinarias, e «incluyentes», para los ciudadanos, sin definir en primer lugar el tema de los límites constitucionales que encuentra una propuesta de este tipo, bien más allá de la provocación lingüística representada por la referencia a «no personas» realizada respecto de sujetos que niegan los valores fundamentales de un ordenamiento jurídico.

La tesis de JAKOBS, además, conduce directamente a una deslegitimación de la pena y de las medidas de seguridad *juntas*: para excluir [la responsabilidad] por la pena clásica, dialógica, humanista (¿pero no es un mito esta pena de educando?), momentos de neutralización de la capacidad criminal, nos inventamos una tipología de pena sedicente nueva, que tiene el aspecto de una medida de seguridad pero que no recibe este nombre, y se le asignan exclusivamente tareas de neutralización. De este modo, si embargo, se desnaturaliza una componente de prevención especial negativa que la pena siempre ha tenido,

KOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, cit.), pero se lucha también contra el hurto, y si el ladrón se convirtiese en enemigo sólo por esto, todo el Derecho Penal se convertiría en un Derecho de guerra.

(23) Así, por último, el propio JAKOBS en la Convención de Trento de 2006. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, a cargo de A. GAMBERINI y R. ORLANDI, Monduzzi, Bologna, 1007, 109 ss.

también después del nacimiento de las medidas. Una pena hecha solamente de «reproche por la culpabilidad» es el producto maduro del exceso de moralismo de la dogmática alemana, el efecto retardado de demasiado retribucionismo. Es, en definitiva, una pena no laica y extraña al pluralismo de funciones que la sanción penal siempre ha tenido. En el mismo tiempo, la deslegitimación cultural de las medidas de seguridad para los adultos —que se registra hoy en cualquier lado, en espera de reformas que las abolan— se acompañan a la ausencia de «sustitutivos» válidos en el ámbito de la pena, ya tan llena de cultura ética que no es capaz de justificar el propio mal que inflige. No se llega a decir que la pena, demasiado llena de culpabilidad, puede también limitarse a neutralizar, y entonces nos inventamos una vía autónoma y separada.

Las mismas premisas de incompatibilidad entre pena y prevención especial negativa están contenidas en una tesis que considero opuesta y especular a la de JAKOBS, es decir aquella expresada por la posición de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Según el penalista argentino, el Derecho Penal puede existir sólo como derecho penal de garantía, mientras cada lógica de contraste sería propia de un Estado y de Derecho de policía, pero no de un Estado de Derecho⁽²⁴⁾. De este modo él pretende atraer las medidas de seguridad en la categoría de Derecho Penal del enemigo con el objeto, opuesto al de JAKOBS, de deslegitimar al mismo tiempo cualquier función de neutralización o de prevención especial negativa del Derecho Penal (incapacitación, neutralización, Derecho de lucha, Derecho del enemigo, medidas de seguridad, todo ello conjuntamente), de modo que se recupere un Derecho Penal tan justificado moralmente que tendrá que estar, en este punto, lleno de sola «culpabilidad» y tal vez de «reproche», presentándose, a mi juicio, poco distinguible de la

(24) E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho Penal*, cit., pp. 118 ss., 129 ss.

ética y poco adaptado a un Estado laico que no puede obligar a nadie a ser reeducado(25).

No me parece correcto, por otra parte, concentrar el discurso sólo sobre los fines o las funciones de la pena, dado que las tareas de contraste desempeñadas por el Derecho Penal se explicitan mucho antes de la ejecución penal, y son apañes también del proceso, de las medidas cautelares, de las diligencias previas, de las medidas de prevención, o bien de los meros comportamientos de hecho.

Como *aproximación teórica provisional a las formas del Derecho penal del enemigo*, propongo por lo tanto delimitarlas a aquellas manifestaciones *ilegítimas* –Derecho inconstitucional o no Derecho– en las que las finalidades de aniquilación, de neutralización, de inocuización, prevalecen sobre el Derecho Penal de la culpabilidad y de la resocialización y oscurece las garantías del Derecho Penal del hecho. Debe tratarse de un objetivo consciente, de una verdadera finalidad, no de una mera función desarrollada de hecho por una medida cualquiera. No es necesario que aquella finalidad se refiera a la sanción definitiva, ya que puede explicarse *también solamente en una fase procesal* de la actividad de contraste, también dentro del hecho delictivo. A tal fin, las medidas adoptadas, y tal vez las incriminaciones reclamadas, se dan como mucho como reglas excepcionales y como excepciones de hecho a normas ordinarias, y se aplican o se expresan en la ausencia de control jurisdiccional, o bien rebasando la función jurisdiccional típica, en cuanto la figura del autor prevalece sobre la del hecho: un autor peligroso o en sí mismo, o por el etiquetamiento de que es objeto o por la organización de la que forma parte, o bien, quizá, por

(25) Sobre la actual problemática de una orientación «mejoradora» del Derecho Penal, leída en la relación entre resocialización y prevención general, necesariamente mediadas por compo-

nentes retributivas, W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat bessern wollen?*, en *Fest. Lüderssen*, Nomos, Bade-Baden, 2002, pp. 221 ss., 232 ss.

el contexto histórico-político del fenómeno criminal que expresa. Bajo el perfil sancionador o también sólo instrumental, pueden entrar en consideración tantas «sanciones» o «medidas» atípicas en función cautelar, preventiva, probatoria. Por tanto, y por antonomasia, la pena de muerte (incluso si aparentemente «proporcionada» a determinados hechos) en la medida en que expresa una función típica de aniquilación, o bien las penas durísimas y desproporcionadas que expresan *neutralización mediante retribución*, como el tercer *strike*, o bien las figuras clásicas de las medidas de seguridad personales, si son aplicadas en la cabida máxima de exclusión radical y elimitada del contexto social.

Veamos algunos ejemplos.

7. ...Y la realidad

La observación de la realidad del uso del *Derecho* en clave de contraste, por cuanto [se dé] en situaciones excepcionales, parece más capaz de aportar algo nuevo al conocimiento de las cosas que las teorizaciones sobre la *pena*.

Comencemos con *las formas seguramente ilegítimas del Derecho Penal del enemigo* en sentido estricto, y *distinguimos entre las situaciones de relevancia penal que preceden a la sentencia de condena* (o tal vez de absolución...), o quizá prescindimos de ella, y *las que la acompañan y la siguen*.

Bajo el primer perfil, sobre todo el rechazo, la elusión o la desnaturalización de la función jurisdiccional me parecen adquirir un valor destacado.

El primer signo de las «medidas» que introducen una guerra sin controles está representado por la presencia de un *Estado de excepción*(26).

(26) He tratado de manera más difusa los fenómenos que si- *di fronte al «nemico»*, cit., pp. 755 ss., 769 ss.
guyen en M. DONINI, *Il diritto penale*

a) *El ingreso en los Lager* –para empezar oportunamente con el paradigma de la aniquilación pura– tenía lugar mediante una medida administrativa de «Schutzhaft» (27) es decir un arresto de protección, para la tutela de la sociedad, actuada en vía gubernativa, sin control jurisdiccional y sin límite de duración, ya que duraba hasta que lo exigiera la finalidad para la cual había sido emitida la medida, que era el de proteger a los propios detenidos, o en caso alternativo el de proteger la seguridad y el orden públicos en el caso en el que los detenidos los hubieran puesto inmediatamente en peligro comportándose como «enemigos del Estado» (staatsfeindliche Betätigung) (28). El fundamento normativo del poder de emitir las relativas órdenes de detención descende de la proclamación de aquel estado de excepción («Ausnahmestand»), previsto por la propia Constitución de Weimar.

No se trataba de «Derecho» Penal, por tanto, y en parte tampoco de «Derecho» *tout court*, pero no cabe duda que presuntos enemigos estaban siendo neutralizados con formas privativas de libertad y de la vida que sólo el Derecho Penal habría podido, en pura hipótesis, autorizar, pero no podía hacerlo porque, a pesar de todo, también en aquellos tiempos era todavía «Derecho», ahí donde la gestión política del estado de excepción pretendía ejercer la violencia sobre la nuda vida de los cuerpos de no personas.

b) También el «modelo Guantánamo» ha sido fundado sobre un ulterior estado de excepción. Tres días después del atentado del 11 de septiembre de 2001, el Presidente americano George W. Bush proclama retroactivamente una emergencia nacional en base a la *National Emergencies Act* a tenor de la Sección 1631 de la Constitución ameri-

(27) Una reconstrucción normativa puntual del paso desde las primeras medidas de Schutzhaft a partir de febrero de 1933 en K. DROBISCH-G. WIELAND, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie Verlag, Berlin, 1993, pp. 25-36.

(28) *Op. ult. cit.*, p. 36.

cana (29). El sucesivo 26 de octubre entra en vigor la *Patriot Act*, dedicada a la movilización contra el terrorismo, siguiendo una típica lógica amigo-enemigo (30). Ésta nace como ley temporal y excepcional.

Terroristas (*unlawful combatants* y *enemy combatants*) e inmigrantes (*unlawful immigrants*), después de interceptaciones sin autorización y cacheos con motivación reservada, conocen el mismo *estatus*. Desde una detención administrativa (de hecho un encierro sin control jurisdiccional ordinario) sin motivación durante siete días, medidas administrativas sucesivas de la *Inmigration and Naturalization Service* extienden ese período a un tiempo «razonable», regularmente 90 días, y prorrogable varias veces por razón de seguridad nacional (sección 412). El etiquetamiento de «enemigo» prescinde de un hecho delictivo específico. Estamos fuera del sistema de pensamiento y de garantías típico del Derecho Penal, y de todos modos del Derecho Penal del hecho. Se aplican detenciones «provisionales», como en el caso de las medidas del «Schutzhaft» de la época nazi y sanciones (sic) informales. Los controles jurisdiccionales o bien están ausentes (se ha hablado de una «carencia de jurisdicción» respecto de los lugares donde tiene o tuvo lugar la detención), o de todos modos [actúan] con retraso.

Los resabios garantistas de la jurisdicción americana llegarán tarde, cuando los derechos fundamentales hayan

(29) Referencias en J. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: iner arma silent leges?*, en *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2005, parágrafo 2, y en D. COLE, *Enemy Aliens*, en *Stanford Law Review*, 54, 2002, pp. 953 ss., 966 ss.

(30) Además de COLE y J. VERVAELE, *Opp. Ult. Cit.*, *passim*, remito a las contribuciones de FANCHIOTTI, MIRAGLIA y MAGLIARO, en *Questione giust.*, n. 2-3/2004, nú-

mero monográfico dedicado a «La libertà delle persone», así como siempre a MIRAGLIA, *Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l' 11 settembre*, en *Cass. Pen.*, 2005, n. 1224, p. 2820 ss., y ahora a L- P. SALAS, *Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d' America*, en *Delitto politico e Diritto penale del nemico*, a cargo de A. GAMBERINI y R. ORLANDI, Monduzzi, Bologna, 2007, pp. 303 ss., especialmente 313 ss.

sido pisoteados «útilmente». Varias, en el mundo, son las sedes ocultas de los «campos» como los de Guantánamo Bay(31). Se trata verdaderamente de un «modelo», por tanto, cuya praxis de torturas y detenciones ilegales ha convertido en «no personas» a los enemigos del Estado, mucho antes de verificar si se trataba de sujetos que no ofrecían una «garantía cognitiva» mínima.

Pregunta: ¿es esto Derecho Penal? Respuesta: si hay una pena sin Derecho Penal, pero enmarcada en el Derecho administrativo, y sin control jurisdiccional, podemos efectivamente –y yendo a la «sustancia» de las cosas– llamarlo críticamente Derecho Penal del enemigo.

c) En este «clima político» ALAN M. DERSHOWITZ ha formulado la propuesta de introducir un «*mandato de tortura*» bajo control jurisdiccional. La medida serviría, a su juicio, para limitar el empleo de tales medios, de hecho practicados igualmente, haciéndolos así más controlables y útiles en la lucha contra las formas extremas de terrorismo. Dershowitz apoya la propuesta en la idea de recurrir a formas de tortura blandas, puramente dolorosas (por ejemplo agujas estériles bajo las uñas) sobre terroristas, en caso de amenazas graves y actuales a la vida de más personas, conjurables mediante los instrumentos mencionados(32). La discusión sobre la *ticking bomb* sobre la tortura «necesaria»(*) [v. el caso *Daschner* en la experiencia alemana, o la experiencia De la Corte Suprema Israelí en la lucha contra la Yihad(33)] o bien la

(31) Sobre la extensión de este fenómeno, L. P. SALAS, *Terrorismo e giustizia penale*, cit., pp. 313 ss.

(32) Para una síntesis (de varias intervenciones, incluso sucesivos), A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works* (2002), traducción italiana *Terrorismo*, Carocci, Roma, 2003, especialmente el Capítulo IV (pp. 125-155).

(*) *N. del T.* El autor emplea

el término «necessitata», en la acepción que el mismo tiene en la dogmática penal italiana, equivalente a «justificada por estado de necesidad».

(33) V. todavía DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., pp. 771 ss. Sobre la temática, recientemente, *cf.* también F. RESTA, *Choices among evils. L'ossimoro della «tortura democratica»*, publicación en curso.

de la *aplicabilidad a los órganos del Estado de la eximente común del estado de necesidad* fuera de las previsiones legales típicas de excepción(34), constituyen algunos de los temas más recurrentes del clima político reconducible a la categoría del Derecho Penal del enemigo, donde la finalidad de neutralización de un peligro permitiría derogar las garantías del estado de Derecho.

d) El *Derecho Penal de la inmigración* presenta seguramente algunos aspectos de los que emerge el tratamiento de sujetos penalmente responsables en relación con un *estatus* de «no ciudadanos» y de «no personas»(35), cuya presunta peligrosidad por la violación de medidas de inmigración es el único motivo de la intervención *punitiva*. En particular, las formas de detención provisional vinculadas al ingreso ilegal y a la inobservancia de la orden de expulsión dependen todas de un *estatus*. El etiquetamiento y por tanto el autor se quedan como la base epistemológica de cada valoración de ofensa de un cualquier bien jurídico-público. Es éste, si queremos, el «*enemigo de masa*». Se tratará de identificar, en la legislación sobre la materia, los perfiles específicos que presenten características incompatibles con el Derecho Penal del hecho, de la culpabilidad, etc.

e) El mismo *Derecho Penal internacional* según algunos comentaristas, constituiría un ejemplo paradigmático de Derecho Penal del enemigo, porque en los países donde éste interviene los derechos humanos todavía tendrían necesidad de ser afirmados como situaciones deshumanizadoras en acto por neutralizar(36), o porque, según

(34) Para las referencias necesarias: *Op. ult. cit.*, p. 770 s.

(35) *Cfr.* A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale* (1999), Feltrinelli, Milano, 2004, pp. 205 ss., 213 ss.; con referencia específica al Decreto legislativo de 5 de julio de 1998, n. 286 y sucesivas modificaciones, sobre inmigración, A. CA-

PUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, en *Questione giust.*, 2004, pp. 359 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, en *Indice penale*, 2006, pp. 181 ss., especialmente el parágrafo 8.

(36) ASÍ JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano*, cit., pp. 53-55. Los violadores de los derechos humanos no serían «personas culpa-

otros, en el Derecho Penal internacional regiría el paradigma del Derecho Penal del «enemigo derrotado»(37), siendo tal, regularmente, el imputado por los delitos sometidos al arbitrio de los Tribunales internacionales. Se trataría, en particular, de un no Derecho, que por definición no rige para todos y no se aplica de manera igual, que no es democrático, que no se aplica si no es por casualidad, y por tanto constituye «una enésima mentira en la Historia del Derecho Penal. se trataría de la instauración por parte de los países ricos de un poder punitivo residual para condenar, en su territorio, imputados vencidos de los países pobres»(38). La primera lectura cuestiona la propia vigencia del Derecho Penal internacional, confundiéndola indebidamente con su violación, y en cualquier caso no legitima una deshumanización de los responsables de los que serían al menos homicidios, torturas y estragos comunes, sólo porque se aplican (con penas quizá inferiores) normas un poco más complejas y «especiales» como las del Derecho internacional. La segunda interpretación presenta una tasa de politización extrema, como a menudo se advierte en la materia del Derecho Penal internacional. La referencia al enemigo derrotado, sin embargo, es pertinente. La neutralización ya ha sucedido al tiempo del proceso, y este último tiene una función seguramente distinta de la perseguida en los

bles», sino «enemigos peligrosos», operando en un contexto en el que el Derecho debe ser todavía afirmado por primera vez.

(37) D. PASTOR, *Diritto Penale del nemico e potere punitivo internazionale*, en *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cargo de M. DONINI/M. PAPA, Giuffrè, 2007, pp. 191 ss., 233. sobre el paradigma del enemigo derrotado (en lugar del enemigo peligroso) como típico del Derecho Penal internacional *vid.* después también, en un contexto argumentativo distinto, E. FRONZA, *Diritto penale del*

nemico e giustizia penale internazionale, en *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*, A. GAMBERINI y R. OLRANDI, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 376 s.

(38) Así D. PASTOR, *Op. loc. ult. cit.* El condicional es puramente argumentativo, ligado al hoy, pero vale como una afirmación. Lapidario en la página 210, compartiendo [la posición de] JAKOBS sobre la cuestión: «El poder punitivo internacional "es" el Derecho penal del enemigo por excelencia».

otros casos mencionados hasta ahora. El mismo objeto de la pena debe ser repensado a fondo, porque en las *gross violations*, como se ha evidenciado en otra ocasión, hay una necesaria desproporción por defecto entre los hechos cometidos y la pena imponible al autor(39).

f) Según varios juristas extranjeros(40) [y recordamos también las valoraciones de FERRAJOLI ya reportadas con anterioridad(41), el debate italiano sobre las «finalidades de terrorismo»(42)], también la utilización de *delitos asociativos* y la incriminación de *actos preparatorios delitos de atentado, de acuerdo o de instigación*, constituirían un ejemplo típico de Derecho Penal del enemigo. El juicio es crítico, no ciertamente «técnico». A este respecto puede observarse que es evidente que el «enemigo organizado» representa la tipología delictiva más temida y peligrosa hoy, ya se trate de terrorismo, mafia o criminalidad organizada en general. El Derecho Penal «de lucha», cuanto menos, se dirige sobre todo contra estos fenómenos. Deslegitimar la pena neutralizadora, o las modalidades de una intervención penal de contraste en estos casos significa probablemente ser abolicionistas o retribucionis-

(39) M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla necessaria sproporzione della pena nelle gross violations*, en *Cass. Pen.*, 2007, pp. 6 ss., 13 ss.

(40) Cfr. por ejemplo el eco de tales valoraciones en R. HEFFENDEHL, *Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?*, en *Strafverteidiger*, 2005, pp. 156 ss.; M. CANGIO MELLA, «Derecho Penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. El derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz la guerra», en VV AA, *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cargo de De Giorgi, vol. I., Pensa Multimedia, Leche, 2002, pp. 235 ss.; G. PORTILLA CONRERAS, *El derecho penal y pro-*

cesal del «enemigo», en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a E. Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, 2004, especialmente pp. 708 ss.

(41) *Ante*, nota 10.

(42) Por último cfr. A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, en *Questione Giust.*, 2006, pp. 623 ss.; con un carácter más estrictamente hermenéutico respecto a las reformas de 2005, M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, en VV AA, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cargo de R. E. KOSTORIS y R. OLRANDI, Giappichelli, 2006, pp. 77 ss.; A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale - Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, en *Dir. pen. e proc.*, 2005, pp. 1224 ss.

tas puros. No se puede decir, por lo demás, que *todo* el Derecho Penal en esta materia sea por ello sólo *ilegítimo* o *excluyente*, ni que esté construido de manera que no permita un uso judicial de las normas tal y como para respetar los principios del Derecho Penal del hecho y de la culpabilidad. Probablemente, sin embargo, la ilegitimidad se refiere sólo a algunos institutos, algunas disciplinas, o una aplicación de las mismas no conforme con la Constitución. La valoración habrá de hacerse por tanto caso por caso. No puede hablarse por ello, a mi juicio, de Derecho Penal del enemigo como juicio general(43). Véase también el párrafo 9.

g) Con respecto al delincuente organizado, el modelo de la criminología clásica centrado en la peligrosidad individual aparece hoy como anticuado. Las *medidas de seguridad* (el *enemigo a peligrosidad individual interna*), por tanto, son instrumentos vetustos o insuficientes respecto a las medidas patrimoniales, cautelares, procesales, de prevención a la cooperación internacional en materia de criminalidad organizada. No sorprende por lo demás que algunas voces críticas renueven las mismas *medidas de seguridad personales*, en su construcción clásica de sanciones orientadas a la pura incapacitación y neutralización, como un ejemplo típico de Derecho Penal del enemigo: algunos (por ejemplo JAKOBS) las mencionan para legitimar una entera vía sancionadora reservada a los «enemigos»; otros (por ejemplo ZAFFARONI, NAUCKE) para sostener que son incompatibles con un Estado de Derecho. Aunque estas posiciones radicales sean del todo minoritarias, porque la doctrina dominante reconoce una razón de «defensa social» que justifica las medidas de seguridad, hay buenas razones, no obstante, para reservarlas en el futuro exclusivamente a los menores y a los enfermos mentales, con la finalidad de recuperación y resocialización, y excluyendo para los adultos capaces sanciones pri-

(43) V. en este sentido F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 676.

vativas de libertad indeterminadas en su tope, como tales necesariamente «excluyentes».

h) En el sistema de sanciones, baste aquí la referencia a dos institutos paradigmáticos: la *pena de muerte*, y los cúmulos jurídicos orientados a la definitiva exclusión social, como el criterio americano del *tercer strike*(44). Como sanciones de mera aniquilación (la primera) o de radical y definitiva encarcelación enfrentada con un juicio de proporcionalidad con los hechos cometidos (la segunda), éstas no son recuperables para un Derecho penal resocializante, sino sólo para uno destinado al autor en función de la pura exclusión, y por tanto a un «Derecho» que hemos aquí reconducido al paradigma del «enemigo».

i) Un caso típico de aniquilación del enemigo «mediante sentencia» –para recordar un caso paradigmático de *derecho procesal del enemigo*, donde la jurisdicción sólo es instrumento de guerra–, ha sido la reconstruido recientemente por la decisión pronunciada el 5 de noviembre de 2006 por la Primera Corte Criminal del Tribunal Supremo de Iraq contra Saddam Hussein y otros imputados, donde el objeto principal del juicio se refería a una sentencia anterior: un crimen contra la Humanidad cometido «mediante» un pronunciamiento judicial. En particular, la decisión del Tribunal revolucionario iraquí (Revolutionary Court), presidido por el juez Awad Hamad Al-Bandar, que tras un proceso-estrella, entre finales de mayo y el 14 de junio de 1984, condenó a muerte a 148 personas, de las cuales una tercera parte ya había fallecido por efecto de torturas o ejecuciones sumarias,

(44) Que prevé automáticamente la cadena perpetua cuando se cometa un delito incluso leve (una felony), tras haber cometido dos delitos graves o violentos, o bien en caso de tercer delito grave y violento, prescindiendo de una medición en concreto. Cfr. E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigionie in*

America, Sellerio, Palermo, pp. 61 ss. La previsión automática sigue elencos de gravedad en abstracto para tipologías delictivas (por ejemplo, robo, violencia sexual, expedición de estupefacientes) que no tienen en cuenta las modalidades concretas de realización de los hechos cometidos.

consideradas responsables del atentado contra Saddam Hussein, el 8 de julio de 1982, cometido en realidad por parte de pocas personas, y que produjo sólo el disparo de 15 proyectiles contra su convoy, además de los responsables de conspiración antigubernamental, espionaje y alianzas contra el enemigo iraní contra el cual había una guerra en curso. Comprobado por la Corte iraquí, hoy, que se trata de un proceso-farsa («illusionary»), que ha condenado a muerte al menos a 46 personas ya fallecidas con anterioridad, entre las que se encontraban niños, matados por torturas y actos homicidas directos, aquel proceso de 1982 se coloca de hecho en el cuadro del uso del juicio penal en clave de aniquilación pura del enemigo. No es una ironía de la suerte, sino complementariedad de situaciones bien distintas, la circunstancia de que la condena por aquel crimen haya consistido en la aplicación de la pena típica reservada al enemigo, que es [la pena] capital(45).

j) Muchas otras «formas mixtas» son planteables: desde el etiquetamiento neomedieval de los crímenes internacionales como «constructores del mal» y la consiguiente utilización de la pena para motivos de ejemplarización demostrativa, a la instrumentalización de los tipos de autor penalmente del todo «ordinarios» (por ejemplo corruptos, insolventes fraudulentos, proxenetas, maltratadores de mujeres y familiares, etc.), cuya imagen es «ensuciada para siempre» con el objeto de combatir la criminalidad y que de vez en cuando entran en los primeros puestos de la agenda política y gubernamental. Aunque no haya aniquilaciones, ni neutralizaciones definitivas, el potencial bélico y antihumanista del aparato punitivo puede resultar devastador *en ciertos momentos de la lucha o en determinadas fases del procedimiento penal*. Estamos aquí en la frontera entre Derecho de lucha y Derecho del enemigo (v. *infra*): cuando se advierte desde los medios de

(45) Sobre el suceso permítaseme remitir, incluso también por las referencias oportunas, a M. Do-

NINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein*, cit., p. 15 s., p. 19.

comunicación que se puede pensar en matar dolosamente a un hombre y hacerlo sin ser ahorcado, atendiendo más bien a una futura rehabilitación, mientras parece mucho más vergonzoso «ser pedófilos», cada uno comprende que hay vientos de represión que han superado las jerarquías de los bienes jurídicos escritas en los códigos, y más de los hechos se quiere castigar a los autores.

El uso crítico de la categoría del enemigo, en estos casos, puede parecer menos propio porque hay diferencias relevantes con respecto a situaciones o comportamientos como algunos de aquellos «extremos» identificados arriba. Si no es que, como oportunamente ha señalado JAKOBS, el Derecho del enemigo no existe en «estado puro», y por lo tanto es lógico que se esculpa un «tipo ideal» y se vean algunas características de él en *algunas* manifestaciones normativas, significativamente en aquellas que parten de etiquetas de autor para dirigir la respuesta punitiva en el sentido de la *neutralización mediante retribución*: que es la típica fusión de pena y medida de seguridad valorizando sus respectivos potenciales antihumanistas.

8. Los riesgos de una vulgarización extensiva del concepto y la exigencia de una delimitación. La hermenéutica de lucha

Actualmente está en curso un debate muy ideológico sobre el tema del enemigo, que corre el riesgo de inundar jurídicamente esta temática como ha sucedido con la emergencia. Cada nueva ley un poco dura, un poco represiva (¿y el Derecho Penal no lo es a menudo por definición?) corre el riesgo de ser etiquetada como Derecho del enemigo: desde las nuevas normas sobre la reincidencia, sobre la nueva legítima defensa, a aquellas sobre la pedopornografía, sobre los delitos ambientales, sobre los estupefacientes. Como se ha subrayado en varias ocasiones, el Derecho Penal en sí mismo corre siempre el

riesgo de ser excluyente. Es necesario por tanto que el uso de esta categoría sea más supervisado. De lo contrario tendrían razón los que proponen que no debe ser utilizada, por poco científica(46), y de esta manera, por lo demás, se cierran el paso para describir y comprender de manera clarificadora algunos fenómenos muy reales (v. el párrafo anterior). Al mismo tiempo, no se puede ciertamente atribuir al concepto de Derecho Penal del enemigo un contenido incluso «dogmático», si se trata —como hemos visto— de Derecho ilegítimo o no Derecho. Incluso si se mantiene una función crítica, éste debe conservar una capacidad descriptiva suficientemente fiable.

Con respecto a la distinción entre Derecho del enemigo y Derecho de lucha, quien escribe se sustrae voluntariamente a una definición *precisa*. No la daré, más allá de la [definición] genérica de la que hablaba arriba, y que se centra en los momentos del Derecho de autor en vez de en el hecho y en la culpabilidad, de la dureza punitiva sí, pero típicamente excluyente: neutralización mediante retribución, y por último de la traición o de la elusión del momento jurisdiccional del Derecho: *ante*, párrafo 6, no la daré, porque es ilusoria una línea fronteriza neta, aunque en la periferia de los fenómenos nos encontremos en un caso en el ámbito de un Derecho seguramente ilegítimo (el del enemigo) y en el otro en un Derecho en parte legítimable (el de lucha). Explicaremos por qué.

Sobre el «Derecho»(*sic*) del enemigo basten las ejemplificaciones y el concepto indicados en los dos párrafos precedentes. Lo que más cuenta es delimitar el al-

(46) Así, desde una posición minoritaria, y diría de renuncia, L. GRECO, *Acerca del llamado derecho penal del enemigo*, en M. CANCIO MELIÀ/C. GÓMEZ-JARA DIEZ (COORDIN.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I., Edisofer S. L., Euros Editores, B.

de F Ltda., Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, 1081 ss., 1111; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, 4ª ed., BECK, 2006, § 2/126-129; F. VIGANO, *Terrosimo, guerra e sistema penale*, en *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2006, pp. 678 ss.

cance a las manifestaciones *jurídicamente ilegítimas*, no a las políticamente indeseables, que son científicamente no digeribles como nociones técnicas, y son peores de las «no definiciones»: debe tratarse de hechos de violencia pura (meros comportamientos) o de violencia de un Estado mediante interpretaciones *ilegítimas* y normas *inconstitucionales*(47).

La delimitación debe ocurrir también respecto a varias formas de ilegitimidad que no son calificables como propias de un Derecho Penal del enemigo: si el Derecho Penal de enemigo no es Derecho o Derecho ilegítimo, no cada Derecho Penal ilegítimo se vuelve «del enemigo» sólo porque —*natura sui*— pena o «excluye» al autor del hecho.

Además de la ilegitimidad, por ello, resulta imprescindible una peculiar, *específica* finalidad de exclusión, de aniquilación, de incapacitación de una tipología de autor (o quizá de autores sólo porque responsables de determinados tipos de delitos) que traicione las razones de la proporción, de la culpabilidad por el hecho o de la resocialización como apertura humanística del Derecho.

El encuadramiento, por lo demás, si no quiere quedar circunscrito a *sólo casos extremos*, debe tener la capacidad de iluminar los riesgos de «enemistad» propia de *manifestaciones más cotidianas* del Derecho Penal y del procedimiento penal. A tal fin resulta de singular utilidad la reflexión sobre el Derecho Penal «de lucha», que se sitúa en la frontera del Derecho de guerra.

Son justo las manifestaciones más «legitimables», en nombre de las «exigencias de tutela», de la defensa social, de la lucha

(47) Ello no significa, quede claro, que el Derecho Penal «normal» no pueda nunca perseguir la neutralización o la exclusión: si es Derecho Penal (o medida punitivo-cautelara de matriz penalista) contiene siempre en sí mismo el

riesgo o la amenaza de actuar momentos —aunque no sean definitivos— de exclusión incluso fuerte y pesada. Remito a M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., pp. 53 ss.; el mismo, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., pp. 762 ss.

contra la criminalidad, de la seguridad, a exteriorizar los riesgos ahora señalados: la referencia concierne a la criminalidad organizada, la mafia, el terrorismo, las medidas de seguridad (que hemos considerado excluir de un encuadramiento automático en el Derecho Penal del enemigo: párrafo precedente), y por tanto los delitos asociativos, aquéllos en fase preparatoria, y más específicamente todas las «medidas» o las «actividades» procesales utilizables con una función de contraste. Mas el ámbito puede extenderse de manera desmesurada.

La propia *hermenéutica jurídica* representa en general un posible *instrumento de lucha*. Es toda la historia de la interpretación extensiva y de la analógica *in malam partem* la que nos lo enseña. Se hace analogía para combatir un fenómeno, y de modo más elegante se dice «llenar una laguna», o mejor de «no crear una laguna», «prestar una tutela eficaz, efectiva, coherente» a determinados intereses, o «obedecer al deber de lealtad comunitaria», etc. Algún ejemplo reciente de las crónicas judiciales.

Cuando se extiende el concepto de *concurso público*, en el sentido de la manipulación de subasta (art. 353 del Código Penal), hasta recomprender las negociaciones «*privadas*» si son realizadas con concurso informal, se extiende la norma a casos no previstos por el Código de 1930, colmando una laguna (la laguna existe, es verdad, e iría colmada por el Parlamento) por razones de lucha, de defensa social, de adecuación represiva, etc. Cuando se aplica la *corrupción* (arts. 318 y 319 del Código Penal) también a las recepciones de dinero desconectadas de un acto de la oficina que se pueda probar, pero por la puesta a disposición «en vista» de futuros y posibles actos (un funcionario público tiene la cuenta corriente llena de ingresos sin título por parte de un empresario y no explica la «causa»), se lucha contra la corrupción con interpretaciones extensivas de este tipo (se podría crear un tipo *ad hoc*, pero la jurisprudencia «anticipa» la tutela legislativa. Lo mismo puede decirse para la lucha contra el *fraude*

comunitario, cuando por el contrario se vacía la extensión del artículo 316 ter del Código Penal (norma menos pesada), a favor del más grave artículo 640 bis del Código Penal, reconduciendo a él todos los casos concretos de percepción indebida de sumas por parte de entidades públicas en forma de fraude. De manera análoga sucede cuando el juez penal italiano, por lealtad comunitaria, adopta una *noción de «rechazo»* que no es conforme con las leyes italianas, sino a ciertas definiciones comunitarias mucho más amplias y por tanto criminalizadoras, se realiza un programa de lucha, en algunos casos legítimo, en otros menos, en el plano estrictamente penal. Los ejemplos son innumerables e iríamos mucho hacia lo «técnico». Nadie se sentirá tan distante del Derecho Penal de lucha, observando estos fenómenos tan cotidianos. Sería fácil objetar a su escándalo y desapunte: *de te fabula narratur!*

Si prescindimos de estas implicaciones de la magistratura en la «lucha», se nota que el aparato punitivo desarrolla a mundo en su conjunto aquellas funciones, respecto de las cuales el momento jurisdiccional típico puede resultar el menos adaptado —porque es institucionalmente de control y de garantía, no de lucha—, como veremos dentro de poco. El Derecho Penal, de hecho, no sólo está constituido por normas sobre las cuales se pronunciará un juez tras un debate o quizá la Corte de Casación: éste crea las premisas jurídicas para una serie de actividades, de intervenciones muy anticipadas, de carácter jurídico y extrajurídico. Encontramos aquí algunos de los momentos más significativos y cotidianos del uso del Derecho como arma de contraste.

9. Del «enemigo» a la «lucha», al «contraste». Cuando el Derecho de lucha lesiona la tercería y la imparcialidad del juez

Del enemigo, a la lucha, al contraste, en un *clímax* descendente, los juristas pueden escoger, a su gusto, cómo

encuadrar las formas de intervención más odiosas y reprobables y las menos inadecuadas a la corrección política recibida. Las etiquetas significan distintas sensibilidades y acepciones lingüísticas.

No es todo blanco o negro. Si se sobrepasan los confines de lo que es Derecho constitucionalmente conforme (debe entenderse incluso si no todos están de acuerdo en su identificación), encontramos muchísimas normas que históricamente, al menos, han nacido como normas de excepción. Se puede también sostener, sin paradojas, que el Código Penal y el Código de procedimiento penal están constituidos por normas que establecen «excepciones al derecho de libertad». También en su interior, además, hay reglas y excepciones.

Excepción significa aquí menor frecuencia, pero de roga también en sentido estricto, mediante especialidad o peculiaridad, o bien diferenciación.

Cuando estos subconjuntos de excepciones se vuelven molestos y numerosos, forman categorías autónomas, nuevas «reglas» consolidadas. Los delitos de peligro presunto y en tutela de funciones se vuelven una multitud (por ejemplo las contravenciones, pero no sólo!). Sucede así que las propias leyes «especiales» (que en algunos contextos están vistas con desconfianza porque sinónimas de leyes «excepcionales»), hechas más genéricas, reducidas y reagrupadas por *genus*, entren en el Código al lado de los delitos clásicos y ocupen las primeras posiciones también en las lecciones universitarias del primer curso de Derecho Penal.

Pero también las normas de licitud contienen muchas excepciones (por ejemplo inmunidad para agentes provocadores, hipótesis de no punibilidad «privilegiadoras», etc.). Las eximentes en sentido estricto, es verdad, también si son excepcionalísimas, como el estado de necesidad, son reconducidas a principios del sistema. Pero pueden contener de verdad una *ratio* de excepcionalidad radical

(que las hace inextensibles por analogía), y quedan como excepciones a la relevancia penal de comportamientos típicos. Algunas excepciones muy relevantes conciernen a la policía judicial y a los «cumplimientos de deberes» procesales de comprobación.

El Derecho Penal de lucha y de contraste (aquí entendidos como sinónimos) está caracterizado por muchas de estas excepciones consolidadas: desde los delitos asociativos y de atentado, a numerosas eximentes a favor de los poderes públicos ante una lucha procesal contra fenómenos en acto.

En particular, las *normas procesales* que prevén detenciones, inmovilizaciones, incautaciones, medidas cautelares personales, inspecciones, etc., son todos ellos modos para implementar formas de contraste a la criminalidad, en presencia también de simples indicios de delito o de ilicitud penal. Las correspondientes *normas penales* pueden ser cualquier delito consumado, intentado o realizado en las formas preparatorias típicas (pero ya «perfectas») de los delitos asociativos, de atentado, instigación acuerdo, etc. La mera prevención de algunos de esos mismos delitos puede justificar la intervención de interceptaciones preventivas dispuestas únicamente por el Ministerio Público, de medidas de prevención, incautaciones de bienes, etc.

Ahora bien, a la cultura del garantismo no es extraña la excepción (también si ha costado comprenderla), sino la ilegítima, y por tanto la violación de los principios. Entre éstos un principio cardinal es el de la tercería e imparcialidad del juez.

El derecho de lucha pone en crisis, hasta lesionarlas, la tercería y la imparcialidad del juez y, con ellas, la cultura de la jurisdicción, tanto más cuando mueve a usar las normas «más allá» a su alcance definitorio para combatir un fenómeno que está fuera del tipo.

Un juez que lucha ya no es un tercero en la dialéctica

entre acusación y defensa. La *cultura de la jurisdicción*, de hecho, impone que el juez, a diferencia del Ministerio Público, quede imparcial y *que las mismas normas de «lucha» presentes en la legislación se consideren fuera de la competencia del juez.*

Es de hecho psicológicamente y lógicamente posible mantener una posición de tercería entre quien lucha contra un fenómeno (policía y Ministerio Público), y quien potencialmente lo representa (indagado o imputado) y perseguir contemporáneamente la función de participar activamente, o «fielmente», al mismo programa de lucha.

Una violación de este tipo, a mi juicio, transforma un Derecho Penal (que en la fase de las investigaciones puede legítimamente ser utilizado también en función «de lucha» en Derecho Penal del enemigo, aclarando bien el sentido y el alcance de una posible disfunción entre ambos.

El *Ministerio Público*, por el contrario, *puede participar en la lucha legítimamente* que, en el plano social el mismo instrumento penal contribuye a llevar a cabo en la *fase de investigaciones*: es absurdo pensar que el Derecho Penal pida a cualquier órgano destinado a aplicar o, y de manera destacada durante las mismas investigaciones realizadas por el órgano de la acusación, cumplir operaciones de pura lógica deductiva. Las «fases» de su aplicación, como es conocido, son varias: la instrucción previa, la búsqueda del culpable, la aseguración de las pruebas, la neutralización de los fenómenos *in itinere* constituyen momentos de contraste, y porque están jurídicamente regulados, el propio Derecho, en estas fases, comparte esta función. No obstante, cuando en cualquier fase del procedimiento, y todavía más en el proceso, los actos llegan ante un juez, el ciudadano debe tener la garantía de que el juzgador es imparcial entre la acusación y la defensa. Es por tanto *imprescindible que cualquier momento de contraste dinámico que deba realizarse, según la política, mediante nor-*

mas jurídicas (que debe ser llevado a cabo por el Gobierno, la Administración Pública, la Policía, y en alguna medida por el Ministerio Público), *no quede fuera de la senda constitucional, sino que sea externo a quien ejerce aquel control.*

No es éste el lugar para definir *cómo el control pueda suceder*, pero está claro que no sucederá interpretando las normas de manera analógico-extensiva, o aplicando, por ejemplo, los delitos asociativos como delitos de peligro presunto, sino releyéndolos según lógicas de la ofensa y del hecho, y no del Derecho de autor; ni sucederá nefando los decretos de interceptación o las incautaciones, sino recorriendo y motivando rigurosamente las condiciones de ilegitimidad de tales medidas, sin hacer guiños a pactos de solidaridad con la acusación por temor a estar o a aparecer, de otro modo, de parte del «enemigo».

Más allá de la frontera de las medidas legítimas, habrá por otra parte (por ejemplo, frente a leyes que introducen interceptaciones sin controles jurisdiccionales o tipos de Derecho Penal de autor) la excepción de una inconstitucionalidad para las [medidas] ilegítimas.

10. La «ciencia» y la «política» frente a los estados de excepción y a la neutralización de los autores peligrosos

En la lectura de las relaciones entre ciencia y política, a propósito de los *estados de excepción*, hay tres posiciones que no pueden ser acogidas.

La primera, es la de los *puristas del garantismo*, que no son capaces de admitir una «lucha jurídica», es decir una acción de contraste realizada con medios jurídicos lícitos. No ven que el Derecho Penal, antes que por los jueces, es utilizado por la policía y por los Ministerios Públicos. Para ellos, sin embargo, está sólo el juez, que como un lógico resuelve silogismos prácticos. Como mucho, las

normas están orientadas a una «finalidad político-criminal»: que es aquélla gestionada por la hermenéutica de los juristas garantistas, que responden directamente a los principios intangibles, indeclinables [la «Constitución-código»(48)], todos íntegramente indisponibles para cualquier mayoría parlamentaria, y que la praxis debe observar como el verbo al oráculo. Los principios no admiten excepciones, y las reglas –si son tales– tampoco. A sostener este punto de vista «político» también contribuye la doctrina «científica»de que los estados de excepción no serían regulables por ley(49).

Están después *los equilibrios del claroscuro*: también éstos no conciben la excepción, porque dejan libre la gestión de reglas más abiertas. Respiran la realidad sin padecer *déficits* de nuevos aires, sabiendo bien que una necesidad política permite adaptar todos los valores, de ponderarlos, de flexibilizar las reglas. Todos los valores son ponderables, es verdad, pero para ellos éstos son tan ponderables, que el propio núcleo «intransitable» de los principios ya no existiría y de la ponderación podría derivar ya cualquier cosa que la «política» gestionará(50).

Están también *los sacerdotes del Leviatán*, partidarios de la razón pura de Estado. Para ellos el Derecho, desde el origen, está íntegramente subordinado a la política y a la razón de Estado. «Soberano es quien decide el estado de

(48) Aquella, es decir, de la cual se puede y sobre todo se debe deducir el Código penal, quizá el único legítimamente pensable. Para una crítica a la idea de Constitución-código, y a favor de un código-Constitución, remito a M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, en *Questione giust.*, 2004, especialmente pp. 492 ss.; el mismo, *Il volto attuale dell' illecito penale*, cit., pp. 66 ss., 145.150.

(49) Para una reconstrucción adhesiva de la teoría, *vid.* por to-

dos F. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollari Boringhieri, Torino, 2003 cit., especialmente los Capítulos I, II y III, y L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 844 ss. (Cap. XII).

(50) Es, ésta, una extremización de la famosa teoría de los valores aplicada al Derecho constitucional. Remito solamente, por su conexión con las temáticas de la emergencia, a FRANCESCO BIANCA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, en *Giur. Cost.*, 1993, pp. 3007 ss.

excepción»(51): con esta verdad cínica, la relación con la regla se desvanece al mismo tiempo. No hay controles de constitucionalidad sobre la política, porque la política está «fuera de control» por parte de las Cortes superiores, y por tanto se queda totalmente libre. Es la clásica posición de CARL SCHMITT que también en la política criminal está hoy consagrada en el límite de la *political question*. Quien admite hoy que en Derecho pueda ser usado contra «no personas» entendidas como enemigos, aunque en «vías separadas» de las normales, ya que no critica éste existente, sino que lo proyecta como oportuno o necesario, recorta los espacios «jurídicos» libres de los principios. Es ésta una versión moderna de la posición de SCHMITT. El «derecho fundamental a la seguridad»(52) ha devorado los demás derechos.

Frente a estos extremos, la solución correcta ha sido

(51) C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität* (1922, 1934), traducción italiana, *Teoria politica*, en el mismo, *Le categorie del «politico»*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33.

(52) Para retomar el título (y el espíritu) del conocido ensayo de JOSEF ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, de Gruyter, Berlin-New York, 1983, considerado fundamental, hoy, por Jakbs. *Cfr.* también, recientemente, ECKHART KLEIN/CHRISTIAN HÄCKE/BERND GRZESZICK, *Der Terror, der Staat und das Recht*, a cargo de J. ISENSEE, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, y aquí, pp. 83 ss., su «Nachwort». Contra el planteamiento de ISENSEE, se recuerda que la seguridad es la razón de ser del Estado, es verdad, y está en la base del propio Derecho Penal, pero no es un derecho fundamental equiparable a los individuales: los derechos fundamentales son en primer lugar del individuo, mientras que la seguridad es un bien colectivo, un

bien y un derecho político. La distinción se aprehende sobre todo en el distinto nivel de: a) juridicidad o justiciabilidad y fuerza de ley y b) sobre la mayor resistencia a la ponderación que los derechos individuales pueden oponer a los derechos de tipo social. Sobre esta temática remito, para una primera profundización, a R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005 (y ya en alemán, ed. Nomos, 2001), especialmente pp. 74 ss., y al debate con L. FERRAJOLI. Pero véase también M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unipersone*, en *Studi sulla questione criminale*, 2006, especialmente p. 24 s., y A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, en *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, a cargo de S. ANASTASIA, M. PALMA, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 19 ss.

hoy resumida así recientemente, con honestidad intelectual, por FRANCESCO PALAZZO, a partir del modelo del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que admite, «in time of emergency», derogaciones a los principios del Convenio, salvo algunos principios comunes absolutos. «es muy probable que nosotros debamos acostumbrarnos a una *tasa variable* de las garantías... en relación con distintas formas de criminalidad... siempre queda como válido el marco garantista proporcionado por la Convención Europea de Derechos del Hombre, la cual por lo demás vincula también la producción jurídica de la Unión. Es conocido que la Convención Europea está basada en un doble nivel de garantía de los derechos fundamentales, en el sentido de que existen algunos derechos para los cuales *no* es posible ninguna flexibilización de la tutela... es el caso, por ejemplo, de la prohibición de la tortura... Existen después otros derechos... y son la mayor parte, que podrían denominarse de algún modo relativos y cuya tutela es por tanto *flexible* siempre dentro del respeto a límites *últimos*»(53).

Entre estos límites, insuperables en el núcleo, pero sólo declinables, desde mi punto de vista, están –para la Constitución italiana– el Derecho Penal del hecho, no sustituible por el de autor (artículo 25 cpv. de la Constitución), la finalidad reeducativa-resocializadora de la pena (artículo 27, párrafo tercero de la Constitución), una finalidad, de todos modos, nunca radicalmente excluyente, y la *tercería e imparcialidad del juez* (artículos 101 y 111 de la Constitución). Pero no deben servir de barreras para la utilización de instrumentos específicos en casos de agresiones extremas contra la sociedad y el Estado.

Hay, por último, un último *tabú* de la cultura científica frente a la política: *el problema del autor*. Para conjurar (de manera oportuna) el peligro de un Derecho Penal de autor que reemplace al Derecho Penal del hecho, se ha

(53) F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., p. 647 s. (cursivas originales).

desarrollado desde hace décadas una cultura moralizante del Derecho Penal de la sola culpabilidad, y se ha dicho (por influencia de la cultura alemana) que la pena sería sólo medida de la culpabilidad. La capacidad de cometer nuevos delitos (la vieja capacidad de delinquir) ha sido excluida del lenguaje de la «ciencia», pero no del de la «política», y menos del de la realidad(54). La misma relevancia de los antecedentes penales es puesta en discusión, salvo que se diga que quien comete un delito después de condenas precedentes es «más culpable». Esta concepción olvida que ninguna pena mide sólo la culpabilidad (que a menudo es tanto de la sociedad como del individuo) y sobre todo ninguna pena puede obligar a resocializarse a quien no quiere o no puede(55).

(54) Cfr. M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto-autore nel Progetto Grosso*, en *Critica dir.*, 2001, 257 ss., y después en el mismo, *Alla ricerca di un disegno. Scritto sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, especialmente pp. 304 ss. (párrafo 5.2). Saludo con favor el hecho de que la «capacidad de cometer delitos» haya regresado en el borrador de la ley de delegación predispuesta por la Comisión Pisapia, a diferencia de los precedentes proyectos Grosso y Nordio: pero encuentro absurdo que pueda ser «valorada sólo con fines de atenuación de la pena» (art. 37.2 letra a, cuando en el mismo tiempo está prevista una agravante para conductas reincidentes en un plazo inferior a cinco años para delitos de la misma índole (art. 19.3 letra a). Una cultura científica equivocada quiere poner trabas a la sociedad y a la realidad. Si tuviera que convertirse en «ley», estaría destinada a fracasar en los hechos, que conocerán aumentos de la pena para mayor «culpabilidad», cuando mayor es la capacidad para delinquir. Qué bonita hi-

pocresía «científica». Tiene resabios casi de catolicismo oficial.

(55) La política criminal italiana, la verdad sea dicha, ha conocido recientemente muchas formas de lo que ha sido llamado *el derecho penal del amigo* (cfr. D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, en *Questione giust.*, 2006, pp. 740 ss., especialmente 745 ss., 753 s.): fenómeno odioso, que ha conocido la introducción de tipos privilegiados, de leyes *ad personam*, en la precedente legislatura (v. también E. DOLCINI, *Leggi «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, en *Rivista di diritto processuale penale*, 2004, pp. 50 ss.). Lo recordamos aquí, porque siempre hemos pensado que el garantismo –que no es tutela frente al Derecho Penal, sino frente a un uso político del mismo, flanqueado por el vínculo de los principios– no es ni de izquierdas ni de derechas, sino justamente por esto puede también convertirse instrumento de cualquier parte política. Y de hecho el «garantismo de derechas» a menudo se

Esta [concepción] mortifica la laicidad de una pena que puede también limitarse a la incapacidad de sujetos inaccesibles a las llamadas ético-jurídicos del ordenamiento y como tales no «culpabilizarles». Si las medidas de seguridad para adultos son todavía herederas de una cultura «quirúrgica» de la exclusión social, y deben ser reformadas, una vez marginada también de la pena cualquier función de prevención especial negativa, ¿cómo se podrá explicar la exigencia de penar a quien es responsable sin ser reeducable?. No queda sino el recurso a la retribución que, en los hechos, se vuelve en estas materias «neutralización mediante retribución». Las operaciones «en sentido JAKOBS» que, *partiendo de premisas análogas*, proyectan penas diversas para los enemigos y para los ciudadanos, reinciden en la conexión normal de la pena ordinaria con las tipologías de autor, *además que con el hecho* cometido, acaban por extenderlo en vía exclusiva a nuevas sanciones que «castigan sólo por la peligrosidad». Vacías nuevamente las penas clásicas de las respectivas funciones de prevención especial negativa, y disminuida la efectividad de las medidas de seguridad, nos inventamos nuevas vías. En estos lechos de Procuras, aparece la realidad del autor.

Frente a los riesgos de involuciones autoritarias de cualquier signo político (véase por ejemplo la normativa de 2005 sobre la reincidencia y la prescripción, el tercer *strike* o ciertas formas de tortura moderada, pero también las incriminaciones subjetivantes o de autor), permanece válido el modelo de la ciencia penal como ciencia de los límites a la intervención punitiva (*Strafbegrenzungswissenschaft*) (56), que controla la política. Sobre todo

ha comportado, en contra de la magistratura, privilegiando (por ejemplo a los empresarios), con excepciones *in bonam partem*, como también el «de izquierdas» miraba, en años pasados, contra el legislador, sobre todo ciertas categorías (por ejemplo, «los compa-

ñeros que se equivocan») con cierta benevolencia, proclamando la ilegitimidad de excepciones *in malam partem*.

(56) Recuerdo el programa de T. VORMBAUM, «*Politisches*» *Strafrecht*», en *ZStW*, 107, 1995, pp. 750 ss., que queda como uno de los es-

una política criminal moderna, que dirige al fin y a los resultados, necesita control y limitaciones. Mirando también a los resultados, deberá afrontar de manera *diferenciada* a los autores (y de todos modos también los fenómenos) más peligrosos. Y si la ciencia no se hace cargo de los mismos problemas, y ni siquiera los «reconoce», lo hará, necesariamente, la política y quizá, sin controles y *chaveta*, la magistratura, obligada por ley a aplicar normativas «de lucha».

critos más sugerentes y eficaces de los últimos lustros, todavía no suficientemente conocido en Italia.