

JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, *Laudatio* de Carlos Daza Gómez, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, 151 pp.

La Universidad de Tlaxcala, que ha estimulado la investigación y la docencia jurídico-penal a través de diversas actividades académicas, con participación de distinguidos catedráticos mexicanos y extranjeros, concedió su doctorado *honoris causa*, por notables y reconocidos merecimientos, a dos penalistas de primera fila: los profesores Günther Jakobs, alemán, y Miguel Polaino Navarrete, español, cuyo pensamiento ha sido ampliamente acogido por los estudiosos mexicanos.

Con aquel motivo, los tratadistas visitantes tuvieron intervenciones, muy apreciables, que se reúnen y aportan a los penalistas de nuestro país —y otros medios, por supuesto— en la publicación a la que destino esta nota. El prólogo o presentación de la obra —bajo forma de *laudatio*, conforme al uso académico de los profesores extranjeros para los fines del doctorado *honoris causa*— corrió a cargo del profesor Carlos Daza Gómez, docente de la Facultad de Derecho de la UNAM, que tiene en su haber estimables aportaciones al desarrollo del derecho penal mexicano.

En su *laudatio*, Daza Gómez pondera la trayectoria de los profesores laureados: sus “obras y aportes han traspasado las fronteras de sus países y empiezan a tenerse en cuenta, en el plano universitario y en el judicial, como se merecen” (p. 3). En la reseña sobre la vida y obra de Jakobs, nacido en 1937, recuerda que cursó estudios en las universidades de Colonia, Kiel y Bonn, elaboró su tesis doctoral bajo la dirección del ilustre maestro Hans Welzel, y es autor de numerosas obras de suma relevancia, entre ellas las dedicadas a la exposición general del derecho penal —a través de un *Tratado* cuya excelencia pone de manifiesto Claus Roxin—, la imputación objetiva en el derecho penal, el concepto jurídico-penal de acción, el derecho penal del enemigo, etcétera.

En lo que respecta a Polaino Navarrete, nacido en 1945, Daza Gómez recuerda que cursó estudios en la Universidad de Sevilla —en la que se desempeña como catedrático—, en la Universidad de Munich —en este caso, bajo la dirección de otro excepcional maestro del penalismo alemán: Reinhart Maurach—, y en las universidades La Sapienza, de Roma, y de Viena, “completando de esta manera [observa Daza] una formación impresionante, muy por encima del alcance del resto de los juristas” (p. 9). En la bibliografía de Polaino figuran trabajos monográficos de gran relevancia en torno a los elementos subjetivos del injusto, el bien jurídico, la criminalidad actual y el derecho penal, etcétera, y destacan su *Derecho penal* y sus *Fundamentos dogmáticos del derecho penal*, publicado en México en 2001.

Los trabajos de Jakobs y Polaino incluidos en este volumen abordan temas de especial trascendencia para nuestra disciplina, con fundamento y elaboración rigurosos, seleccionados entre aquellos que más pudieran atraer la atención de los lectores mexicanos en función de su profundidad y actualidad. Temas, éstos, de dogmática y política penal, en torno a cuestiones que se hallan —por diversos motivos— en el centro de la escena, factores de debates y movimientos legislativos y jurisprudenciales, no sólo en nuestro país, sino en numerosas naciones de Europa y América. Se inscriben entre las que pudiéramos llamar “cuestiones críticas” para el jurista, el legislador y la opinión pública, mejor o peor informada, que reacciona con presteza ante nuevas condiciones de vida y violencia —ésta, de la mano de aquéllas— que determinan, a su turno, desarrollos normativos influyentes en la orientación y el futuro del derecho penal. Aun cuando no se trata de una obra destinada al más amplio público, podrá ser útil para lectores con buena formación en otros campos del conocimiento, sensibles a los sobresaltos de la sociedad moderna y a los instrumentos que el sistema penal genera para enfrentarlos y, acaso, contenerlos o reducirlos.

El trabajo del doctor Jakobs —pulcramente traducido por el profesor Manuel Cancio Meliá, de la Universidad Autónoma de Madrid— examina una materia que el eminente profesor alemán ha presentado con originalidad y singular hondura, expuesta al elogio y a la crítica, que también se han manifestado en México dentro del marco de las más recientes reformas penales constitucionales y secundarias, y de la

política —o las políticas— en las que aquéllas se sustentan, de manera más o menos expresa o implícita. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” es el título del extenso artículo de Jakobs en el que estudia y expone aspectos centrales de esta sugerente doctrina, que refleja la exasperación de una sociedad agraviada y temerosa, y de un poder público dominado por la necesidad de atender las reclamaciones de esa sociedad para atajar una criminalidad gravísima que incesantemente gana terreno, y amenaza instituciones y costumbres, cultura y riqueza.

En primer término, el tratadista aclara que la bifurcación que plantea entre esas dos vertientes del derecho penal obedece a la existencia de “dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro. No se trata [asegura] de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal” (p. 18). La expresión derecho penal del enemigo “no en todo caso pretende ser peyorativa; en último análisis implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva” (pp. 18 y 19). Alude al carácter preventivo de la pena, que ciertamente mira al pasado, pero extiende la vista, no menos, hacia el futuro, y en este sentido, movida por la exigencia de efectividad, reacciona frente a la peligrosidad del agente (p. 20).

Jakobs pasa revista al pensamiento penal de autores clásicos. Rousseau afirma que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado; se halla en guerra con éste. La consecuencia suscrita por el clásico reza así: “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano” (p. 23). En la misma línea —o en semejante dirección— se hallan Fichte, Hobbes y Kant. De este acervo ideológico, el autor alemán deriva ciertas formulaciones aleccionadoras. “El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos”; el otro, del enemigo, “es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”. La medida ejecutada contra el enemigo solamente coacciona. “El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros”. Hay, desde luego, “múltiples formas intermedias” (pp. 28 y 29).

Bajo el rubro “Personalidad real y personalidad fáctica”, el autor, cuyo artículo comento, lleva adelante el examen de una bifurcación que ejerce decisiva influencia en la selección estatal de los medios para enfrentar el delito y “apreciar” las características de quien lo comete, adecuando a éstas la reacción pública. Señala que en los casos en que “la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición de tratar al delincuente como persona” (p. 34). Esto genera un giro en el abordaje legislativo contemporáneo de la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, ciertos delitos sexuales y “otras infracciones peligrosas”, etcétera.

Tomando en cuenta la diferenciación que hace Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, “por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro, la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” (p. 35). Esta aseveración conduce directamente —glosemos— a la punición de conductas previas a los actos ejecutivos de la determinación criminal: conspiración o acuerdo para delinquir, y a la reconsideración, para efectos punitivos, de la peligrosidad del sujeto.

En suma, el ordenamiento penal ofrece “dos polos o tendencias de sus regulaciones”. Por un lado se localiza —señala Jakobs— “el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad”. Es así que se reconsidera la reacción estatal: “materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina ‘pena’” (pp. 37 y 38). Desde luego, esta concepción posee amplias resonancias en el enjuiciamiento, que atiende, en tal virtud, a la “desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva” (p. 39). En fin, “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes; puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico” (p. 41).

Evidentemente, el tema puede y debe ser examinado desde la perspectiva de los derechos humanos, que dan un paso atrás —si se les coteja con el estatuto evolutivo que ha campeado en el orden penal y procesal penal ordinario, al cabo de una larga evolución histórica—, cuando viene a cuentas la lucha contra el enemigo, planteada como combate contra formas muy graves y peligrosas de conducta criminal. En las conclusiones de su trabajo, Jakobs destaca, *inter alia*, que un derecho penal del enemigo, claramente diferenciado del punitivo común, “es menos peligroso” para el Estado de derecho “que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”.

También observa la situación que suelen ofrecer los sistemas nacional e internacional en lo que respecta a las vulneraciones de los derechos humanos, una vez que se produce, en determinado lugar, un cambio político: “muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo” (p. 50); conclusión, esta última, que debiera ser objeto de meditación a la hora de elaborar y aplicar una nueva normativa. Evidentemente, las reflexiones de Jakobs son particularmente oportunas y aleccionadoras para quienes se interesan —que debieran ser todos— por el proceso de reforma penal en México, al que han llegado claramente —sin que el legislador lo declare así; más bien lo contradice en el discurso y lo consagra en la norma—, las preocupaciones del derecho penal del enemigo y sus copiosas consecuencias.

Polaino emprende su estudio con la cuestión principal de los fines de la pena, que ha ocupado y sigue ocupando a los penalistas, y, por supuesto, a los estadistas; es una discusión “inconclusa el momento presente” (p. 62). Gira el debate en torno a dos ideas fundamentales: retribución y prevención. Por una parte, la pena como “retribución justa del delito cometido”; por la otra, la pena atada al doble objetivo de que el infractor no delinca de nuevo y de que no haya más delitos en la sociedad: prevención especial y general, respectivamente. Fijado este cimiento para el análisis, sigue la interrogante en torno a la extensión y vitalidad del derecho penal, que entronca con la idea que se tenga acerca de la orientación del Estado y la responsabilidad del ciudadano en la preservación del orden: en un extremo, el Estado intervencionista, paternalista o proteccionista; en el otro, el Estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano (pp. 67 y 68). En el

primer supuesto prevalece el derecho penal mínimo (que “propone una intervención limitada y racional del sistema punitivo”); en el otro, el máximo (p. 73).

Frente a la perspectiva del “derecho penal deseado”, que propugna la racionalización del sistema punitivo, se localizan las posturas neocriminalizadoras que prohijan la expansión del derecho penal. En esta vertiente aparece la punición que implica “reacciones sociales irrazonadas o, al menos, alentadas, al calor de lacerantes problemas de la realidad social” (p. 79). Polaino pone en guardia frente al ímpetu legislativo que multiplica las figuras penales: “no cabe legislar —advierte— a golpe emocional de sangrientos sucesos de la realidad social, especialmente en materia penal, so consecuencia de alumbrar un resultado insatisfactorio, insuficiente, ineficaz o directamente contraproducente” (p. 80). Llega así el momento de tratar el derecho penal de enemigos, que “no es una construcción inventada, por así decir, por un autor (alude a Jakobs), sino un fenómeno que existe realmente en la sociedad, en las legislaciones de muchos países democráticos” (p. 85).

En este orden de consideraciones, Polaino impugna la idea —que califica como “incoherente”— de que el derecho penal de enemigos, al igual que el de ciudadanos, forme parte del derecho penal; su sitio se halla en el derecho de policía. Examina el tratadista diversos aspectos del actual sistema punitivo; anonimidad de los contactos sociales diluyente de la responsabilidad, comportamientos uniformes en masa (ubicuidad del riesgo y adición de daños), predominio de la Economía, conciencia del riesgo, internacionalización del sistema punitivo (pp. 88 y ss.).

En fin de cuentas nos hallamos, bajo el firmamento de la sociedad moderna, con “más derecho penal”: crecimiento acelerado y expansivo. Para evidenciar estas afirmaciones, sus raíces y consecuencias, el profesor español se vale de algunos ejemplos tomados de la realidad de España, que por supuesto no son ajenos ni se hallan distantes de otras realidades; la nuestra, entre ellas. Habla de la inflación del derecho penal y los llamados “gestores de la moral colectiva”: “grupos sociales de presión (que) reaccionan generalizadamente reivindicando, con tanta insistencia como vehemencia, y de manera más o menos

circunstancial, oportunista y coyuntural —cuando no demagógica— *más derecho penal*” (p. 94).

Ante fenómenos criminales que proliferan (terrorismo, pornografía infantil, violaciones a los menores de edad, acoso moral en el trabajo o en las escuelas, malos tratos intrafamiliares, piratería informática, menores infractores, eutanasia y auxilio al suicidio, tráfico de drogas, criminalidad ecológica, actos de xenofobia, etcétera), la respuesta es endurecimiento de las sanciones penales, cumplimiento íntegro de las penas, mayor represión, mayor impunidad. Polaino hace ver que este movimiento protagonizado por los “nuevos gestores de la moral colectiva”, no halla su origen, necesariamente, en sectores duros, conservadores, sino a menudo en posiciones próximas al movimiento de la criminología crítica, que solicitaban menor intervención penal estatal (p. 95).

El profesor de la Universidad de Sevilla cita a su destacado compatriota Enrique Gimbernat, que describe el problema en breve fórmula comprensiva: “asociaciones como las feministas, pacifistas o antixenóforas, se convierten en grupos de presión que pretenden —y en muchos casos consiguen— la consagración positiva de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o... al endurecimiento de las sanciones”. En este rumbo, prescinden “muchas veces de si ello es compatible o no con los principios básicos que deberían informar la legislación penal en un Estado de derecho” (p. 96). Así, la prédica de estos grupos se ha invertido.

Como señalé, Polaino llama a la escena algunos casos de involución del sistema punitivo, a saber: la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género (que tiene equivalencias y conexiones en la reciente legislación mexicana, surcada por las controversias): Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre de ese año, que debe su existencia al recrudecimiento de la violencia doméstica o familiar. No se trata, pues, de la violencia ejercida por cualquier persona sobre cualquier mujer, sino de aquella desplegada contra ésta por su cónyuge o por quien haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad (artículo 1.1).

Se ha cuestionado la constitucionalidad de esa disposición, que siembra una “desigualdad intolerable” y es “discriminatoria”, observa el magistrado Francisco Serrano Castro. Surge de esta suerte una

manifestación de “feminismo talibán” —artículo publicado en *El Correo*, de Sevilla, el 23 de abril de 2005— (pp. 105-107). Se ha querido implantar una medida positiva de igualación entre varones y mujeres, pero se ha obtenido un efecto contrario: la mayor desigualdad. En un orden semejante, Polaino se pronuncia contra las cuotas de género en el sistema electoral —y controvierte la opinión de Gregorio Peces-Barba, favorable a aquéllas—; mejor que instituir figuras de este carácter, el gobierno debiera remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad, y propiciar las condiciones para que prevalezca una igualdad real y efectiva.

No es posible —sigue el tratadista sevillano— considerar “acorde al principio de igualdad, la medida ‘de género’ consistente en considerar más desvaliosa jurídico-penalmente *per se* una misma conducta penal, si el sujeto activo es varón y la víctima mujer que haya sido esposa, novia o concubina del agresor”. Asegura, “meter en el mismo saco de las medidas de reequilibrio o discriminación positiva admitidas constitucionalmente, todas las contenidas en la LO 1/2004 es un despropósito jurídico insostenible”. Pugna, con los principios de la dogmática jurídico-penal, “que pueda concederse un trato punitivo diverso a un determinado acto delictivo de violencia doméstica si el autor es hombre y la víctima mujer, o —más concretamente— mujer que sea o haya sido esposa, concubina o novia con o sin convivencia respecto del agresor” (p. 117).

Formulada la crítica severa de esa Ley Orgánica 1/2004, el tratadista llama a la escena otro tema, un “clásico problema ahora redivivo”: la inocuización de los delincuentes peligrosos, que neutraliza o hace inofensivo al sujeto. Nos hallamos frente a “medidas ‘predelictuales’, en cuanto no son respuesta a un hecho anterior ya sancionado penalmente, sino que se imponen en prevención de futuros delitos” (p. 126). En el catálogo de estas medidas, forman fila algunos instrumentos puramente preventivos, que no alcanzan el rango de sanciones penales: prohibición de visitar el hogar de la víctima o de aproximarse a ésta o a sus familiares, proscripción de residencia en la localidad, instalación de cámaras de seguridad y vigilancia en la vía pública, sometimiento a vigilancia por parte de fuerzas y cuerpos de seguridad, internamientos en ciertos establecimientos especializa-

dos, publicación en listas públicas de los hombres condenados por malos tratos, etcétera (pp. 129 y 130).

En la línea de estas preocupaciones, el trabajo que ahora invoco pasa revista a la denominada “custodia de seguridad”, posterior a la imposición y cumplimiento de la pena, que se practica en Alemania en supuestos de delitos sexuales y otros ilícitos violentos. También examina Polaino el caso estadounidense, con énfasis en las medidas aplicables a delincuentes catalogados como peligrosos: portar cartelones que los identifiquen como culpables de delitos sexuales u otros crímenes violentos. No es esta una medida que se impone en lugar de la pena, sino después de la pena.

Finalmente, el catedrático español concluye que las medidas de seguridad inocuidadoras son “ilegítimas e insostenibles desde el punto de vista de un derecho penal respetuoso de los principios constitucionales... en tanto chocan frontalmente con fundamentales objeciones jurídicas, que resultan insalvables”: atacan el principio *ne bis in idem*; responden a un insostenible derecho penal de autor, e incluso “de la voluntad” o “de ánimo”; no son consecuencia de la acción delictiva, sino de “predisposiciones subjetivas (se sanciona al sujeto por ser peligroso, es decir, sospechoso de peligro); son medidas predelictuales, no postdelictuales; desatienden el principio de proporcionalidad; pretenden justificarse aduciendo que la reinserción social del delincuente tras el cumplimiento de la pena es una falacia” (pp. 145 y ss.).

Al cabo de su disertación, Polaino se interroga: “¿debe la sociedad moderna reaccionar ante los incesantes focos de peligros con más derecho penal?, ¿la contrapartida de las nuevas tecnologías y de los nuevos riesgos acaso es la restricción de la libertad?”. Adelanta una opinión: “no puede responderse siempre con más derecho penal”, trátase de incriminaciones nuevas o de endurecimiento de penas preexistentes. “El derecho penal ha de tender a la racionalización, y ha de ser consciente de sus límites. No todos los problemas de la sociedad moderna pueden combatirse con la pena criminal” (p. 150).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.