

PROF. JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”: EVOLUCIÓN (¿O AMBIGÜEDADES?) DEL CONCEPTO Y SU JUSTIFICACIÓN. 343-362. REVISTA CENIPEC. 25. 2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202.

PROF. JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

**EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”:  
EVOLUCIÓN (¿O AMBIGÜEDADES?) DEL CONCEPTO Y SU JUSTIFICACIÓN**

Fecha de recepción: 10/11/2005. Fecha de aceptación: 14/02/2006



Prof. JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas - Venezuela  
*jmodolel@ucab.edu.ve*

### Resumen

Al analizarse los trabajos de *Jakobs* donde se refiere directamente al Derecho penal del enemigo podemos observar diferentes significados del mismo. Por otra parte, es cierto que los habitantes de un Estado tienen un derecho a la seguridad, como afirma *Jakobs*, pero de allí no se deriva que el Estado pueda actuar de *cualquier manera* con el fin de satisfacer dicho derecho. Y aquí radica lo criticable de la posición de *Jakobs*, precisamente en legitimar el medio en función del fin perseguido. No se puede racionalizar el uso del Derecho penal al margen del Estado de Derecho, aun cuando se trate de crímenes muy graves.

**Palabras clave:** Enemigo, ciudadano, persona, norma, peligro, estado, derecho.

### Criminal law for enemies: evolution (or ambiguities?) of the concept, and its justification.

### Abstract

When one reads *Jakobs*' work on criminal law for enemies, one can observe different meanings attached to this concept. On the other hand, it is true that the inhabitants of a state have a right to security, as *Jakobs* affirms, but it does not follow from this that the State can act *however it chooses* to satisfy that right. And here is where *Jakobs*' position is open to criticism, precisely when it attempts to legitimize the means in terms of the end that is sought. The use of the criminal law cannot be rationalized independently of the rule of law, even when dealing with very serious offenses.

**Key words:** Enemy, citizen, person, norm, danger, state, law.

**Le «droit pénal de l'ennemi»: evolution (¿Ou Ambigüités?)  
du concept et sa justification.**

**Résumé**

Dès qu'on analyse les travaux où *Jakobs* fait directement référence au Droit pénal de l'ennemi, on peut remarquer différentes significations de ce concept. D'un côté il est vrai que les habitants d'un État ont droit à la sécurité, tel qu'il est affirmé par *Jakobs*, mais de là on ne peut pas déduire que l'État peut agir de *n'importe quel façon* dans le but de satisfaire ce droit. C'est là que l'on trouve le caractère contestable de la position de *Jakobs*, précisément dans la légitimation du moyen en fonction du but poursuivi. On ne peut pas rationaliser l'utilisation du Droit pénal en dehors de l'État de Droit, même s'il s'agit des crimes les plus graves.

**Mots clés:** ennemi, citoyen, personne, norme, danger, état, droit.

**O “direito penal do inimigo”: evolução  
(ou ambigüidades?) do conceito e sua justificação.**

**Resumo**

Ao analisar os trabalhos de *Jakobs*, onde se refere diretamente ao Direito penal do inimigo, pode-se observar diferentes significados do mesmo. Por outro lado, é certo que os habitantes de um Estado tem direito à segurança, como afirma *Jakobs*, mas dali não se deriva que o Estado possa atuar de *qualquer maneira* com o fim de satisfazer tal direito. É ali que reside o criticável da posição de *Jakobs*, precisamente em legitimar o meio em função do fim esperado. Não se pode racionalizar o uso do Direito penal à margem do Estado de Direito, mesmo quando se tratar de crimes muito graves.

**Palavras chave:** inimigo, cidadão, pessoa, norma, perigo, estado, Direito.

## 1.- Fundamento del Derecho penal del enemigo en Jakobs.

1.1.- El concepto de Derecho penal del enemigo creado por *Jakobs*<sup>1</sup> se vincula directamente al fin que el propio autor atribuye a la pena. En tal sentido, la distinción entre un “Derecho penal del ciudadano” y un “Derecho penal del enemigo” gira, a su vez, en torno a la diferencia entre el reestablecimiento de la “vigencia de la norma” como fin esencial de la pena, según *Jakobs*<sup>2</sup>, y la “eliminación de peligros futuros”: el Derecho penal del ciudadano tendría como fin el mantenimiento (reestablecimiento o reparación) de la vigencia de la norma<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Primeramente en su artículo <<Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung>> (ZStW, 97–1985-, págs. 751 y ss.), reapareciendo varios años después en su trabajo <<Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart>> en Eser/Hassemer/Burkhardt -ed.-, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000.

<sup>2</sup> Strafrecht. Allgemeiner Teil, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, págs. 9 y ss. -11-. Para *Jakobs* “...el hecho (delictivo) significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión”, a su vez “el dolor” que dicha pena inflige “elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma”: “...lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma...” (<<¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma>> -trad. de Cancio Meliá-, en *Jakobs*, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 48).

<sup>3</sup> Desde mi punto vista, el fin atribuido por *Jakobs* a la pena pudiera conducir a pensar que se trata de una teoría absoluta de la pena, cuestión que se aprecia en otro trabajo central del autor en el cual aborda la problemática del Derecho penal del enemigo, y donde afirma que la pena “...ha de entenderse...como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este -si se quiere- fin de la pena siempre” (La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente -trad. de Manso Porto-, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, págs. 27 y ss. -cursivas mías-). La confirmación de la “estabilidad normativa de la sociedad” constituye un efecto de la pena no verificable empíricamente, un concepto totalmente ideal en el sentido de que transcurre en el mundo de las ideas no en el plano de la realidad. De haber alguna constatación la misma radicaría en la propia aplicación de la pena, lo cual de cierta manera conlleva un pensamiento circular: en la medida en que se aplique la pena se confirma la estabilidad normativa, la cual a su vez depende de que se aplique la pena. A dicho fin “estabilizador”, según *Jakobs*, pudieran agregársele otros fines, aunque dichos aditamentos en modo alguno son necesarios: si la pena intimida o logra una prevención especial, mucho mejor, pero ello no es necesario para la justificación de una pena (en este sentido, <<¿Cómo protege...?>>, cit. nota anterior, pág. 50). Para *Jakobs* no se trata de intimidar a personas (“de todos modos dispuestas a cometer el hecho”) a través de la punición del autor, “y tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos”, por el contrario, sólo se trata de *compensar el daño producido por el autor a la vigencia de la norma primaria* (ibidem, pág. 56 -cursivas mías-). El daño se realiza en la norma, en su vigencia, daño que debe ser compensado con la pena. Ahora bien, dicho daño no tiene contenido material alguno sino meramente ideal. Aunque *Jakobs* le atribuye a su teoría de la pena una función de “prevención-general positiva”, las afirmaciones anteriores se asemejan a la definición hegeliana de la pena como negación de la negación (al respecto, vid. Hegel, Rasgos fundamentales de Filosofía del Derecho -trad. de Eduardo Vásquez-, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991 -1821-, pág. 134), ejemplo clásico de una teoría absoluta de la pena. Por ello un discípulo de *Jakobs*, Lesch, se distancia de su maestro en la denominación y presenta dicha teoría como absoluta-funcional (La función de la pena -trad. de Sánchez-Vera-, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, págs. 78 y ss). No obstante trata *Jakobs* de dar una explicación sobre el carácter preventivo-general

mientras que el Derecho penal del enemigo se dirige al combate de peligros<sup>4</sup>.

1.2.- Unido a lo anterior realiza *Jakobs* la distinción entre la “persona”, entidad titular de derechos y deberes capaz de emitir actos con significado en la sociedad, y el “enemigo”, individuo que representa una simple fuente de peligro contra la cual hay que defenderse<sup>5</sup>. Únicamente en relación a la “persona”, a quien habría

---

de la pena. Según él la pena en razón de la culpabilidad debe ser entendida de modo general como sería pérdida, por lo cual el comportamiento delictivo se considerará una alternativa inaceptable -actitud natural de fidelidad al ordenamiento jurídico- (<<¿Cómo protege...?>>, cit. nota anterior, pág. 56). En este sentido, afirma, se habla de prevención general positiva porque la generalidad debe ser la destinataria del proceso, “siendo confirmada en su actividad de fidelidad al ordenamiento -por ello prevención general-” pero no mediante la intimidación, “sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural” -prevención positiva- (idem). Sin embargo, nótese que para dicho autor el carácter general de la prevención no se refiere a un “efecto” producido en la colectividad constatable empíricamente, sino que da por supuesto que la aplicación de una pena implica necesariamente una confirmación de la fidelidad a la norma por parte de la generalidad de personas. En este sentido, afirma Lesch que la finalidad del Derecho penal no debe ser entendida como si fuese un ejercicio en la confianza normativa “en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente, algo así como un querer y poder que la pena despliegue sus efectos realmente de forma contrafáctica, que se confie en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno puede continuar orientándose según la norma; que uno se encuentra en consonancia con el Derecho cuando confía en la vigencia de la norma” (<<La función...>>, cit., pág. 78). Inclusive el propio *Jakobs* llega a afirmar que “...el contenido de la pena no lo conforma el que el autor no vuelva a delinquir en el futuro, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la norma” (<<Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos>> -trad. de Suárez González-, en *Jakobs*, Estudios de Derecho Penal, UAM-Civitas, Madrid, 1997, pág. 128 -cursivas mías-).

<sup>4</sup> *Jakobs*, <<Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo>> -trad. de Cancio Meliá-, en *Jakobs*-Cancio, Derecho penal del enemigo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 32 y ss.

<sup>5</sup> Sobre el concepto de persona deja claro *Jakobs* que no se trata de un concepto natural sino normativo, por lo tanto dicho término no se superpone, ni corresponde necesariamente, al de ser humano: “Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona...no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Los detalles de ese punto de destino, que está construido con derecho y deberes, difieren de modo considerable dependiendo del contexto. <<Persona>> es un concepto relativo; dicho con un ejemplo, un niño pequeño es jurídico-civilmente persona en la medida en la que puede ser propietario, pero no puede emitir declaraciones de voluntad por sí mismo, al carecer de capacidad de contratar, y tampoco puede actuar de modo jurídico-penalmente relevante a falta de capacidad de culpabilidad. Por consiguiente, no todo ser humano es persona jurídico-penal, y ésta, a su vez, no necesariamente ha de ser persona para el Derecho electoral en sentido político, así, por ejemplo, no lo es el autor juvenil de un delito, de quince años y con capacidad de culpabilidad; más aún, tanto en Derecho civil como administrativo se construyen incluso personas jurídicas...En conclusión, <<persona>> es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es -en el caso de la persona física, que es el que va a ser sometido a análisis- la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia; lo mínimo es un cuerpo animado. Por medio del cuerpo -y de otras propiedades-, la persona está <<aquí>>, la consciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella. Los árboles o los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas” (*Jakobs*, <<La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal>>, en *Jakobs*, Sobre la normativización..., cit. nota 2, págs. 20 y ss). Igualmente en relación al concepto de persona en *Jakobs*, por todas sus obras traducidas al español, vid. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* -trad. de Cancio y Feijoo-, Civitas, Madrid, 1996, págs. 50 y ss.

que tratar dentro del llamado Derecho penal del ciudadano, se puede cumplir el fin que *Jakobs* atribuye a la pena de reestablecer la vigencia normativa<sup>6</sup>. En cambio frente al enemigo el fin de la pena cambia radicalmente ya que se trataría entonces de “sacar de circulación” al delincuente, de “inocuizar” en el viejo sentido de *v. Liszt*. Igualmente, según *Jakobs*, el tratamiento como persona implica que ésta no puede ser mediatizada más allá de la mera confirmación de la vigencia de la norma, por lo tanto la persona sancionada penalmente no podrá ser utilizada como ejemplo de lo que pudiera ocurrirle a los sujetos infractores, su sanción no podrá servir de escarmiento para el resto de la población; y tampoco podrá ser considerada como una fuente de peligro contra la cual hay que defenderse<sup>7</sup>. Se rechaza así, dentro del llamado Derecho penal del ciudadano, la llamada “prevención general negativa” la cual, de cierto modo, implica la utilización del autor del hecho punible para un fin social concreto externo al propio autor. Pero también se niega el posible efecto preventivo-especial de la pena, al no admitir la posibilidad de considerar la persona como peligrosa.

1.3.- Otro punto a tener en cuenta en la elaboración de *Jakobs* sobre el Derecho penal del enemigo consiste en la relación entre juridicidad y efectividad. Al respecto dicho autor entiende que la pena aplicada jurídicamente implica limitaciones que una sociedad consciente de riesgos no acepta por las restricciones que ella implica, de allí “...la necesidad de un balance constante entre juridicidad y efectividad. La incompatibilidad entre juridicidad y efectividad óptimas constituye el problema central del derecho penal (no sólo) moderno...”<sup>8</sup>. Desde este punto de vista, la efectividad de la reacción penal ante determinados fenómenos que requieren respuesta pudiera permitir, de cierto modo, apartarse más o menos de la juridicidad de la pena. Dicha eficacia sería necesaria con el fin de evitar la destrucción del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

1.4.- En el trípede “vigencia de la norma-persona-juridicidad de la pena”, y su lado opuesto, “combate de peligros futuros-enemigo-efectividad de la reacción

<sup>6</sup> <<Derecho penal del ciudadano y Derecho...>>, cit. nota 4, pág. 36.

<sup>7</sup> Al respecto da a entender *Jakobs* que existen tendencias “...a tratar al autor como persona y *aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros...*” (ibidem, pág. 22 -cursivas mías-).

<sup>8</sup> La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, pág. 27.

<sup>9</sup> Los enemigos son individuos “a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico” (*Jakobs*, <<Derecho penal del ciudadano...>>, cit. nota 4, pág. 47).

penal”, se basa entonces la dicotomía que realiza *Jakobs* entre el “Derecho penal del ciudadano” y el llamado “Derecho penal del enemigo”. De acuerdo a esto el fin del Derecho penal variará en función de referirse a un ciudadano (persona) o a un enemigo.

## 2.- Distintas versiones del Derecho penal del enemigo en *Jakobs*.

2.1. - Al analizarse los trabajos de *Jakobs* donde se refiere directamente al Derecho penal del enemigo podemos observar diferentes significados del mismo. Así, una acepción del concepto lo vincula al Derecho penal aplicable tradicionalmente a inimputables, concretamente a niños y enfermos mentales. En tal sentido la pena (“el dolor penal”), según *Jakobs*, sólo puede ser aplicado a personas capaces de ser culpables (competentes) y en modo alguno a un niño o a un enfermo mental ya que frente a ellos no existen expectativas normativas capaces de ser defraudadas<sup>10</sup>. Sin embargo, agrega dicho autor, la sociedad debe protegerse también frente a ellos “al igual que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales”, mediante el efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, para lo cual el autor “no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro”<sup>11</sup>, y añade, “tal modo de tratar a un autor no necesariamente ha de ser ilegítimo”<sup>12</sup>. Basándose en *Kant*, da a entender *Jakobs* que la sociedad debe separarse de dichos sujetos peligrosos, lo cual hace, por ejemplo, mediante la custodia de seguridad: “Al hacer esto, precisamente, no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso -pues de lo contrario, se le dirigirían expectativas normativas-; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, en esa medida, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos”<sup>13</sup>. Hasta aquí *Jakobs* refiere el Derecho penal del enemigo a los inimputables (“focos de peligro”), para lo cual vincula la forma de reacción penal (custodia de seguridad) a la peligrosidad del sujeto inculpable. Esto no se diferencia mayormente de la antigua fundamentación peligrosista de las medidas de seguridad: el Derecho penal del enemigo, o el tratamiento de un individuo como enemigo sería, de acuerdo a lo anterior, el antiguo Derecho penal de inimputables peligrosos.

<sup>10</sup> <<Cómo protege...>>, cit. nota 2, pág. 57.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 58.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, págs. 58 y ss.

2.2.- No obstante el propio *Jakobs*, en otro de sus trabajos, se encarga de extender esta visión del Derecho penal del enemigo a sujetos que, en principio, sí serían imputables<sup>14</sup>, propuesta que dicho autor extrae de la forma como se manifiestan la legislación penal reciente y la estrategia actual del Estado ante el delito. Así, de este fenómeno se derivan las siguientes características del Derecho penal del enemigo: a) “amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir...”; b) falta de una disminución de la pena proporcional a dicho adelantamiento; c) “paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica...”; y, por último, d) la “supresión de garantías procesales...”<sup>15</sup>.

Como puede fácilmente apreciarse, *Jakobs* presenta en este otro trabajo un objeto distinto de su “Derecho penal del enemigo”, el cual ya no se referirá exclusivamente a la reacción del Estado ante los “inimputables, sino que abarca el fenómeno de la expansión del Derecho penal contemporáneo<sup>16</sup>, el cual conlleva un cambio radical en las clásicas estructuras del delito, de la pena y del proceso penal. En este ámbito la relación entre el Estado y el enemigo se traduce en una amenaza que realiza aquél sobre dichos individuos. Dicho gráficamente: en este caso el Estado “no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”<sup>17</sup>. En este sentido, define *Jakobs* el enemigo como “...un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento...o en su ocupación profesional...o, principalmente, a través de su vinculación a una organización..., es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> En este sentido afirma Silva Sánchez que el Derecho penal del enemigo es el Derecho de las medidas de seguridad aplicable a imputables peligrosos (La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 2001, pág. 165).

<sup>15</sup> La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, págs. 31 y ss.

<sup>16</sup> Sobre dicho fenómeno, vid. Silva Sánchez, como en nota 14, *passim*.

<sup>17</sup> La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, pág. 32. Aunque pudiera señalarse que también la amenaza constituye una forma de comunicación; inclusive el propio *Jakobs* denomina “lenguaje” a las medidas que toma el Estado -vgr. el adelantamiento de la punibilidad- para amenazar a sus “enemigos”(idem). Desde otro punto de vista considera Cancio Meliá que la calificación de “enemigo” por parte del ordenamiento penal no supone identificarlo como fuente de peligro (“no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar”), sino implica un reconocimiento de la “competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿que otra cosa es Lucifer que un ángel caído?...” (<<¿Derecho penal del enemigo?>>”, en *Jakobs-Cancio, Derecho penal...*, cit. nota 4, págs. 87 y ss.).

<sup>18</sup> La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, pág. 32. En relación a la realidad latinoamericana ha

2.3.- Pero las distintas versiones sobre el Derecho penal del enemigo en *Jakobs* no se refieren únicamente a su objeto y definición, sino que también se manifiestan en la justificación que hace este autor de un Derecho penal de tales características. Así, en un primer momento se nota en él una actitud crítica ante el mismo que lo lleva a afirmar, por ejemplo, que la tipificación de un acuerdo previo como delito implica una privación del ámbito interno de los intervinientes: “se les trata como enemigos a los que no se concede el status de ciudadano”, cuestión que puede ser útil, afirma *Jakobs*, para la protección de bienes jurídicos, concluyendo que “el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, (mientras que) el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”<sup>19</sup>. En la misma línea sostiene el citado autor que las ataduras (los límites) “son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no indica la fortaleza del Estado de libertades, sino, por el contrario, un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizás se dan incluso en este momento, en las que las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa...el Derecho Penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos. El Código penal, en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades”<sup>20</sup>.

---

resaltado Zaffaroni el tratamiento del delincuente como enemigo, con el fin de develar el carácter ilegítimo del sistema penal en esta parte del mundo: “El sistema penal selecciona a unos pocos enemigos en la política y los muestra como si fuesen enemigos en la guerra al resto de la mayoría y, por supuesto, también a la minoría que no es necesario contener por este medio, salvo caso de disidencia peligrosa. Justamente, la vinculación “guerra-sistema penal” es mucho más íntima y compleja que la simplificación “delincuente-enemigo interno de la patria”, que es parte de la ideología justificante del sistema penal...” (En busca de las penas perdidas, Temis, Bogotá, 1993, pág. 183). Para dicho autor, al menos hasta la obra referida, el sistema penal constituía otra forma de guerra y el delincuente un enemigo (ibidem, págs. 183 ss.), aunque, a diferencia de *Jakobs*, Zaffaroni no legitima tal realidad.

<sup>19</sup> <<Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico>> -trad. de Peñaranda Ramos-, en *Jakobs*, Estudios de Derecho Penal, cit. nota 3, pág. 298.

<sup>20</sup> Ibidem, págs. 322 y 323.

En el anterior párrafo transcrito es evidente el carácter excepcional que *Jakobs* atribuye al llamado Derecho penal de enemigos, además de resaltar su posición crítica ante el mismo<sup>21</sup>, aún cuando sería discutible la afirmación según la cual una situación excepcional pudiera justificar la separación del Estado de determinados principios fundamentales del Estado de Derecho.

2.4.- Ahora bien, en una segunda etapa de introducción del Derecho penal del enemigo abandona *Jakobs* la anterior postura crítica y se pronuncia abiertamente por su justificación. Así, al distinguir entre las funciones latentes y manifiestas de la pena resalta dicho autor la insuficiencia en algunos ámbitos de la pena “conforme al Estado de derecho”<sup>22</sup>. Además, agrega, el tratamiento como persona de un sujeto presupone un fundamento cognitivo, en el sentido de que quien pretende ser “tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona”<sup>23</sup>, por lo tanto ante la falta de garantía de este comportamiento, o ante su negación expresa, “el derecho penal pasa de ser

<sup>21</sup> Por ello dice *Jakobs* en relación, entre otras, a la afirmación citada que sus ideas “...probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza...” (<<Criminalización...>>, cit. nota 19, pág. 322). Destaca esta posición crítica de *Jakobs* sobre el Derecho penal del enemigo, Hassemmer, <<El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal “eficiente”>> -trad. de Patricia Ziffer-, en Hassemmer, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 49, nota n° 12 (hay traducción de este trabajo hecha por Muñoz Conde en Hassemmer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 79 y ss.).

<sup>22</sup> <<La ciencia del Derecho penal...>>, cit. nota 3, págs. 29 y ss: Literalmente expresa *Jakobs*: “También una sociedad que es consciente del riesgo puede determinar la pena según su función abierta, es decir, para confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo emanará prevención suficiente. Que la sociedad actual, acostumbrada a debatir casi diariamente en cuestiones de seguridad, disponga de una capacidad de aguante suficiente es algo ciertamente cuestionable. Pero además, tampoco sería correcto dejar que la función latente transcurra siempre en un segundo plano; *en otras palabras, la pena determinada conforme al Estado de derecho es insuficiente en algunos ámbitos...*” (cursivas mías).

<sup>23</sup> Esta afirmación es totalmente cierta únicamente si el concepto de persona se entiende desde un punto de vista jurídico (inclusive *Jakobs* expresamente señala que en el Derecho penal del ciudadano se trata al delincuente como “persona jurídica”, *ibidem*, págs. 33 y ss.). Para comprobar dicha veracidad valga el ejemplo de la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, esta posible responsabilidad sólo puede plantearse en relación a un ente moral que tenga un objeto lícito y, además, siempre que su actividad se manifieste usualmente de tal forma. Una empresa que produce neumáticos puede durante el curso de su actividad producir neumáticos defectuosos, lo cual pudiera acarrearle responsabilidad penal. Ahora bien, si una persona jurídica formalmente constituida como tal, se dedica realmente y de forma exclusiva a la comisión de delitos, por ejemplo al blanqueo de capitales o al tráfico de drogas, no se plantea el problema sobre su posible responsabilidad penal ya que dicha asociación delictiva no es realmente una persona jurídica: no se exige la responsabilidad penal de una organización criminal de forma independiente a la de sus integrantes. Como puede apreciarse, en relación a la persona jurídica se comprueba la afirmación hecha por *Jakobs* según la cual el Derecho penal requiere que la persona se comporte mínimamente como tal. No obstante, queda latente la pregunta sobre si tal planteamiento es igualmente aplicable a una persona natural.

una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”<sup>24</sup>. No obstante *Jakobs* cuida un poco las formas ante la contundencia de la anterior afirmación y agrega que ello no implica que “...todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario”<sup>25</sup>.

*Jakobs* recurre a *Hobbes* y *Kant* para fundamentar, al menos históricamente, la existencia de un Derecho penal del ciudadano<sup>26</sup> en contraposición a un Derecho penal del enemigo “...contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona”<sup>27</sup>. Por lo tanto, habrá un Derecho penal para los que usualmente se “comportan bien” y otro Derecho penal para los “incorregibles”, para los “desobedientes habituales”; existirían, según *Jakobs*, dos clases de Derecho penal: uno limitado, racional, para personas titulares de derechos y deberes; y otro para enemigos, de carácter ilimitado, al margen del Estado de Derecho. Fundamentado en criterios de eficacia, admite *Jakobs* el derecho del Estado a “procurarse seguridad ante individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos”<sup>28</sup> ya que son peligrosos, y un derecho de los ciudadanos “a exigir del

<sup>24</sup> Ibidem, pág. 30.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Resalta Gracia Martín la sólida tradición filosófica en la modernidad del Derecho penal del enemigo, de la consideración del delincuente como enemigo. Cfr., <<Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”>>, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 07-02 (2005), págs. 11 y ss, y pág. 19. En contra de esta observación, Hassemmer, quien expresamente afirma: “Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Esta es la hora de conceptos como “luchar”, “eliminar” o “represión”, en perjuicio de actitudes como “elaborar” o “vivir con”...Incluso la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. *El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal en “derecho penal del enemigo” ... Tal desarrollo de la actitud frente al delito y la violencia resulta anacrónico. Remite a una época premoderna de filosofía del derecho penal y teoría político-criminal que sólo podían percibir al delincuente como el quebrantador de normas, un “extraño” que había que extirpar. La tradición de la modernidad, por el contrario, vinculada a la filosofía política de la Ilustración, estuvo en condiciones de fundamentar los derechos del hombre y del ciudadano como pilares del derecho penal y procesal penal, y admitir al delincuente como socio del contrato social...*” (<<El destino de los derechos...>>, cit. nota 21, págs. 48 y ss. -cursivas mías-).

<sup>27</sup> <<Derecho penal del ciudadano...>>, cit. nota 4, pág. 32.

<sup>28</sup> Idem.

Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”<sup>29</sup>. Según *Jakobs* el Derecho penal puede ver en el delincuente a una persona que ha cometido un error, o a un individuo al que hay que impedir mediante coacción que destruya el ordenamiento jurídico: “Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado”<sup>30</sup>.

Como puede apreciarse, para *Jakobs* existen casos en los cuales sería legítimo recurrir a tal Derecho penal del enemigo, supuesto que el propio autor se encarga de precisar así (para evitar su uso “en un lugar equivocado”): “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, *Kant* exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos”<sup>31</sup>. De acuerdo a lo anterior, la forma de “resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana” sería objeto del Derecho penal del enemigo, el cual *Jakobs* justifica frontalmente<sup>32</sup>.

En la justificación que hace dicho autor de un Derecho penal semejante radica el problema de la posición de *Jakobs*, y lo que seguramente ha causado tanto revuelo en la doctrina. *Jakobs* pasa de una simple descripción del fenómeno y su crítica, a la defensa de una reacción penal de este tipo. Pudiera interpretarse este cambio de posición de *Jakobs* en el sentido de que la realidad jurídico-normativa, la realidad político-criminal, debe guiar la labor del jurista. Pero desde hacía tiempo no se veía una justificación tan “filosóficamente” elaborada de lo que incluso podría ser una reacción del Estado en el ámbito penal al margen del Derecho.

<sup>29</sup> Idem, de lo cual extrae *Jakobs* la siguiente conclusión: El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra“ (ibidem, pág. 33).

<sup>30</sup> Ibidem, pág. 47.

<sup>31</sup> Ibidem, págs. 47 y ss.

<sup>32</sup> Pareciera justificar un Derecho penal de tales características en situaciones de emergencia, aunque haciendo énfasis en su carácter excepcional, Silva Sánchez, como en nota 14, págs. 163 y ss., especialmente pág. 166.

### 3.- ¿Es posible justificar el Derecho penal del enemigo?<sup>33</sup>

3.1.- La distinción que hace *Jakobs* entre el enemigo y el ciudadano resulta sin duda interesante, concretamente la diferencia entre la persona y la no-persona<sup>34</sup>. Sin embargo tal planteamiento sólo puede tener una significación meramente teórica, válida, como expresé anteriormente, si se parte de un concepto exclusivamente normativo de persona. En este punto se aprecia de forma evidente cómo *Jakobs* lleva al máximo su intento de normativización total del Derecho penal. Ahora bien, desde un punto de vista práctico pareciera inaplicable el concepto de enemigo creado por *Jakobs*, en razón de las consecuencias que dicho autor deriva del mismo (el “qué hacer con el enemigo”). En efecto, no se debe olvidar que, aún cuando se parta de un concepto jurídico de persona, la posibilidad de aplicar un Derecho penal al margen del Estado de Derecho a un individuo calificado como enemigo es prácticamente imposible sin infringir los derechos fundamentales del ser humano en la mayor parte de los Estados democráticos, derechos que indudablemente constituyen límites infranqueables al ius puniendi del Estado<sup>35</sup>.

Cuando se llega al momento de aplicar alguna medida coercitiva a un individuo de la especie humana se solapan totalmente los conceptos de persona, en el sentido jurídico expuesto por *Jakobs*, y el de ser humano titular de una serie de derechos fundamentales según las constituciones políticas de la gran mayoría de los Estados democráticos. Por lo tanto, *Jakobs* parte de una afirmación que evita la aplicabilidad de su planteamiento: la posibilidad de que el Estado en relación a los enemigos pueda actuar al margen del Estado de Derecho<sup>36</sup>. Tal

<sup>33</sup> En este sentido, si he entendido bien, Cancio Meliá señala que el problema a resolver en relación al Derecho penal del enemigo radicaría en su legitimidad o no (<<¿ “Derecho penal...?”>>, cit. nota 17, págs. 83 y ss).

<sup>34</sup> Al respecto, aparte de las referencias citadas, vid. *Jakobs*, La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, págs. 33 y ss.

<sup>35</sup> Señala Muñoz Conde, al referirse al Derecho penal del enemigo, que los “...derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho...” (<<El nuevo Derecho penal autoritario>>, en Losano-Muñoz Conde -coords.-, El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional Humboldt -Montevideo, abril 2003-, Alexander von Humboldt Stiftung-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 172).

<sup>36</sup> Por ello no se puede admitir la posición de Gracia Martín, según la cual la “...negación del carácter de Derecho a las regulaciones del Derecho penal del enemigo...no parece ningún argumento suficiente, ni mucho menos definitivo, para privar a las mismas de legitimidad o de validez” (<<Consideraciones críticas...>>, cit., nota 26,

posibilidad, incluso en estado de emergencia, no es admisible<sup>37</sup>. Sin embargo, a veces pareciera que *Jakobs* vincula su Derecho penal del enemigo a la reacción del Estado al margen de los principios clásicos del Derecho penal liberal, a una cierta flexibilización de los principios del Derecho penal liberal clásico (responsabilidad por el acto, punibilidad cuando exista el comienzo de ejecución del mismo, etc.)<sup>38</sup>. Mientras que, en otros casos, da a entender que se trata de una reacción al margen del Estado de Derecho, al margen de las garantías constitucionales de la persona<sup>39</sup>. Inclusive, pueda que *Jakobs* entienda ambos aspectos como manifestaciones del Derecho penal del enemigo<sup>40</sup>. Ahora bien, desde mi punto de vista el problema en torno al Derecho penal del enemigo no radica tanto en apartarse de determinados principios del Derecho penal liberal clásico, cuestión que ocurre desde hace tiempo en el Derecho penal sin que se trate de reacciones al margen del Estado de Derecho (vgr. responsabilidad de las personas jurídicas, introducción de tipos de peligro abstracto, etc.), sino en justificar una acción al margen del Estado de Derecho y las garantías constitucionales que éste implica, legitimando así que el Estado recurra a una vía no jurídica para, en función de la eficacia, resolver un problema, concretamente para evitar la hipotética “destrucción del ordenamiento jurídico”<sup>41</sup>.

pág. 30). Cualquier reacción coactiva del Estado que no tenga carácter de Derecho, es decir, que no sea jurídica, queda de entrada deslegitimada (al menos en un Estado de Derecho). No debe olvidarse que una reacción del Estado en el ámbito penal al margen del Derecho constituye una vía de hecho, un no-Derecho.

<sup>37</sup> Cuestión que se aprecia en la estricta regulación hecha, en general, de los estados de excepción o de emergencia en las constituciones políticas de los Estados democráticos.

<sup>38</sup> Así, vgr. en <<Criminalización...>>, cit. nota 20, passim. En este artículo dicho autor se refiere concretamente al Derecho penal del enemigo como un desbordamiento del Estado de libertades (ibidem, págs. 322 y 323).

<sup>39</sup> De esta forma, La ciencia del Derecho penal..., cit. nota 3, págs. 29 y ss.

<sup>40</sup> Vid. ejemplos citados en ibidem, págs. 31 y ss.

<sup>41</sup> Además, como señala correctamente Hassemer en relación al llamado “derecho penal eficiente”, el agravamiento de los medios utilizados por el Derecho penal (“more of the same”) no necesariamente mejora su idoneidad para la solución de los problemas; además, “...se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente, y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios ya no son de ponderación firme también en los “tiempos de necesidad”, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su pero específico, sino la percepción como problema de la “necesidad” o la “grave amenaza”...Por último, haya que preguntarse si un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá a largo plazo también ante los ojos de la población- su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho. El derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más” (<<El destino de los derechos...>> -trad. de Ziffer-, cit. nota 21, págs. 60 y 61).

Por lo tanto, una cosa es la flexibilización de garantías (constitucionales o fundamentales), y otra distinta es la flexibilización de los principios tradicionales del Derecho penal. Puede que a veces ambas coincidan, pero no necesariamente (sobre todo la segunda con la primera). Considero que este punto no queda totalmente claro en la construcción que hace *Jakobs* del Derecho penal del enemigo, específicamente, como recién señalé, si el mismo acarrea la flexibilización de garantías constitucionales, o la flexibilización de principios tradicionales del Derecho penal (no necesariamente contraria a la constitución), o incluso si conlleva ambas formas de flexibilización. Si *Jakobs* entiende por Derecho penal del enemigo aquel vinculado al fenómeno moderno de la flexibilización de principios tradicionales del Derecho penal, no estaríamos ante una posición en sí misma reprochable<sup>42</sup>. Pero si *Jakobs* quiere, aparte de lo anterior, justificar una reacción del Estado al margen del Derecho obviamente la misma no puede admitirse bajo ningún concepto.

3.2.- Por otra parte, es cierto que los habitantes de un Estado tienen derecho a la seguridad, como afirma *Jakobs*, pero de allí no se deriva que el Estado esté justificado para actuar de cualquier manera con el fin de satisfacer dicho derecho. En un Estado de Derecho democrático las formas de actuación, los medios utilizados, son tan importantes como el fin perseguido, de allí que en relación a dicha forma de Estado pueda afirmarse con todo rigor que “el fin no justifica los medios”<sup>43</sup>. Y aquí radica lo criticable de la posición de *Jakobs*, precisamente en legitimar el medio en función del fin perseguido.

<sup>42</sup> Así, en la doctrina podemos apreciar autores que justifican este fenómeno, otros que lo critican y algunos que abogan por el mantenimiento de los clásicos principios liberales del Derecho penal cuando éste utilice la pena privativa de libertad, paralelamente a la existencia de formas de intervención coactivas con principios más flexibles siempre y cuando no se recurra a esta forma de sanción (vgr. el “Derecho penal de dos velocidades” de Silva Sánchez o el “Derecho de intervención” de Hassemer).

<sup>43</sup> En este sentido afirma Ferrajoli que la lógica del Estado de Derecho excluye la razón de Estado como razón jurídica: “La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas -si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas- no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los medios, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono” (Derecho y Razón -trad. del apartado de Cantarero Bandrés, revisada por Andrés Ibáñez y Ruiz Miguel-, Trotta, Madrid, 1995, pág. 830). Sin embargo, llama la atención que un autor tan seguido por los penalistas progresistas, como lo es Ferrajoli, pareciera admitir también la posibilidad de existencia de un Derecho penal excepcional: “Naturalmente, en un estado no absoluto, sino democrático y de derecho, la guerra no corresponde en modo alguno a un <<principio básico>>; en particular, la guerra interna no es nunca justificable por la existencia de cualquier amenaza para la seguridad del gobierno o de las formas de

3.3.- Igualmente, el hecho de que exista tal fenómeno político-criminal (expansión del Derecho penal, flexibilización de garantías, abandono del llamado “gutes, altes liberales Strafrecht”)<sup>44</sup> no implica que la ciencia del Derecho penal deba aceptarlo pacíficamente, por lo tanto ella no necesariamente debe limitar su labor a explicar dicho fenómeno o a tratar de justificarlo. En este sentido, la labor del jurista consiste en determinar hasta dónde es posible dicha flexibilización, cuál es el objeto de la misma, si se trata de una simple adaptación del Derecho penal clásico liberal a los nuevos fenómenos político-criminales, o si se trata más bien de una flexibilización de las garantías constitucionales, etc. Ello implica, a su vez, determinar si un Derecho penal de mayor flexibilización se justifica o no, justificación que acarrearía reducir la labor dogmática a la creación de herramientas para que los jueces puedan cumplir con mayor eficacia su función represora-efectiva. Por su parte, si un Derecho penal de tales características fuese cuestionado desde un punto de vista político-criminal, o desde una perspectiva constitucional, entonces el dogmático pudiera ejercer, aparte de dicha función crítica, una función de creación de instrumentos que permitan interpretar de forma restrictiva el Derecho penal positivo que reúna tales características. En todo caso, el jurista ante un hecho semejante no puede renunciar a la crítica<sup>45</sup>, sobre todo porque gran parte

---

poder establecidas, *sino sólo por un peligro para la supervivencia del estado y de sus leyes fundamentales no afrontables de otro modo*. Tanto la democracia como el estado de derecho se caracterizan, en efecto, por la rigidez normativa de los medios de represión o de tutela de la desviación y precisamente por esto comportan mayores valores y riesgos” (ibidem, pág. 829 -cursivas mías-).

<sup>44</sup> Observación que en modo alguno constituye un descubrimiento de Jakobs: “...una observación de las legislaciones penales actuales, tal y como reconoce unánimemente toda la doctrina que se ocupa del Derecho penal del enemigo, ya sea para justificarlo, ya sea para rechazarlo, no deja lugar a dudas sobre la existencia de regulaciones sustantivas y sobre todo procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese Derecho penal del enemigo...” (Gracia Martín, <<Consideraciones críticas...>>, cit. nota 26, pág. 11).

<sup>45</sup> Como en algún momento hizo el propio Jakobs (vid. supra). En tal sentido ha destacado desde hace tiempo Mir Puig, al referirse a las afirmaciones según las cuales la dogmática penal es “políticamente reaccionaria” y se aleja de la realidad, la necesidad de que la ciencia jurídico-penal sea “...reconocidamente valorativa y esencialmente crítica, que no rehuya su innegable responsabilidad política”, lo cual “...implica una doble exigencia en el seno de la <<global ciencia del Derecho penal>>: a) de lege ferenda: una Política Criminal auténticamente política -y no sólo tecnocrática- que fije los objetivos que debe perseguir el Derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad crítica; b) de lege lata: una Dogmática creadora esencialmente orientada en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, que constituya no sólo la superación de una Dogmática <<ciega>>, de espaldas a la función práctica del Derecho penal, sino también la evitación de una Dogmática acrítica y puramente tecnocrática” (<<Dogmática creadora y política criminal>>, en del mismo autor, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 25). En igual sentido se pronuncia Muñoz Conde en relación al Derecho penal del enemigo, al señalar que una “...visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba...” (<<El nuevo Derecho penal...>>, cit. nota 35, pág. 175).

de lo que *Jakobs* denomina Derecho penal del enemigo pudiera constituir una reacción del Estado contraria a principios constitucionales básicos<sup>46</sup>, contraria al Estado de Derecho.

Aunque estas obvias consideraciones parezcan un tanto ingenuas, o incluso se trate de simples “buenas intenciones”, no dejan, sin embargo, de tener importancia. Así, haciendo un símil bastante sensible para los penalistas, el hecho de que aún algunos Estados reaccionen institucionalmente con la pena de muerte ante los delitos no quiere decir que el jurista en dichos Estados deba aceptar, o intentar justificar, esta situación. Pues bien, considero que una actuación del Estado al margen del ordenamiento constitucional, o del Estado de Derecho, como pareciera pregonar *Jakobs*, no puede justificarse por la simple adopción en el Derecho positivo de medidas de este tipo, ni tampoco bajo el argumento de la eficacia ante actos delictivos, por más graves que sean. Esto último se observa claramente en afirmaciones como las que hace dicho autor sobre los terroristas: “Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y en gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos <<guerra>> y <proceso penal>>. De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho -control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Así, Muñoz Conde, Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 74 y ss.

<sup>47</sup><<Derecho penal del ciudadano...>>, cit. nota 4, págs. 41 y ss.

Obviamente, el “aquello que hay que hacer contra los terroristas”, aludido por *Jakobs*, abre la puerta al uso de medios reprobables en función de la eficacia de la reacción ante determinadas conductas delictivas, reacción que podría estar, como deja deslizar dicho autor, al margen del Estado de Derecho.

La labor dogmática persigue racionalizar el uso del Derecho penal, de allí que la función crítica sea inseparable de tal labor y que el jurista no pueda renunciar a la misma. Pero, obviamente, no se puede racionalizar lo “irracional”. No se puede racionalizar el uso del Derecho penal al margen del Estado de Derecho, aún cuando se trate de crímenes muy graves. El Estado en ningún caso puede actuar de manera semejante a un delincuente, no puede, parafraseando a *Jakobs*, actuar como un “enemigo”.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cancio Meliá, M. (2003). ¿”Derecho penal del enemigo?”. En *Jakobs-Cancio, Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Trad. del apartado de Cantarero Bandrés, revisada por Andrés Ibáñez y Ruiz Miguel. Trotta, Madrid.
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 07-02.
- Hassemer, W. (1998). El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal “eficiente”. Trad. de Patricia Ziffer, en *Hassemer, Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. de Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Hegel. (1991). *Rasgos fundamentales de Filosofía del Derecho*. Trad. de Eduardo Vásquez. Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- Jakobs, G. (1985). *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*.
- \_\_\_\_\_ (1993). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin-New York.
- \_\_\_\_\_ (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. -Trad. de Cancio Meliá y Feijoo. Civitas, Madrid.
- \_\_\_\_\_ (1997). *Estudios de Derecho Penal*. UAM-Civitas, Madrid.

- \_\_\_\_\_ (2000). Das Selbverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. En Eser/Hassemer/Burkhardt -ed.-, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick.
- \_\_\_\_\_ (2000). La ciencia del Derecho penal ante las exigencia del presente. Trad. de Manso Porto. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (2003). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Trad. de Cancio Meliá. En Jakobs-Cancio, Derecho penal del enemigo, Thomson-Civitas, Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Trad. de Cancio Meliá. Thomson-Civitas, Madrid.
- Lesch, H. (1999). La función de la pena. Trad. de Sánchez-Vera. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Mir Puig, S. (1994). El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Ariel, Barcelona.
- Muñoz Conde, F. (2000). Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Tirant lo Blanch, Valencia.
- \_\_\_\_\_ (2004). El nuevo Derecho penal autoritario. En Losano-Muñoz Conde -coords.-, El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional Humboldt -Montevideo, abril 2003-, Alexander von Humboldt Stiftung-Tirant lo Blanch, Valencia.
- Silva Sánchez, J. (2001). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas, Madrid.
- Zaffaroni, E. (1993). En busca de las penas perdidas. Temis, Bogotá.
- unos ámbitos...” (cursivas mías).