

# El “derecho penal del enemigo” darf nicht sein!\* \*\*

Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad

Von Prof. Dr. **Eduardo Demetrio Crespo**, Toledo/Köln

“Im Banne der Terrorgefahr hat sich ein rechtsfreier Raum gebildet, der erlaubt, was noch vor kurzem ausgeschlossen schien, daß nämlich ein doppelter Freibrief im Wechselverhältnis der Staaten ausgestellt wird: Jeder kann seine heimischen Feinde als Terroristen mit dem Segen der Staatengemeinschaft bekämpfen, und die Menschenrechtsverletzungen von Verbündeten werden mit Diskretion übergangen und dadurch ermöglicht” (U. Beck, *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, 2004, p. 213).

**Sumario: I. Punto de partida; 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal; 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo; II. Derecho penal del enemigo: 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad, 2. ¿Un “derecho penal del enemigo” legítimo?; 3. Características del “derecho penal del enemigo”; 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?; 5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptivo-prescriptiva y excepción consecuente respecto a la estabilización de la norma; 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”; III. El “derecho penal del enemigo” en el contexto de la modernización/expansión del Derecho penal; 1. Diferenciaciones previas; 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos; 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad; IV. Conclusiones**

## I. Punto de partida

A la problemática del llamado “Derecho penal del enemigo” subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “Derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

### 1. Metodológico: el “ser” y el “deber ser” del Derecho penal

La contraposición entre seguridad y libertad pertenece sin duda a los temas clásicos de la Filosofía del Derecho, así como de la Filosofía Política. La enorme repercusión que éste tiene para el Derecho Penal se explica ya por este solo motivo. Como veremos, estos tópicos, “libertad-seguridad”, “hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad”, “ser-deber ser del derecho” conectan con modelos de pensamiento de la Filosofía Política, que a su vez se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena. Estos constituyen el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática o/y político-criminal. En la discusión se puede distinguir al menos un punto de partida propio de la metodología jurídica y uno de la filosofía política.

Respecto al primero cabe decir que en la actual discusión neoconstitucionalista se replantea la *relación entre el ser y el deber del Derecho*: mientras que aquel puede ser muy diverso, éste, por el contrario, es o aspira a ello, muy semejante<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, como explica GARCÍA FIGUEROA, se trata de hallar algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser: el *aspecto material* de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales (carga axiológica); el *aspecto estructural-funcional* de dicha constitucionalización viene dado por la estructura de las normas constitucionales y el tipo de argumentación que estas fomentan basada en los principios constitucionales, que permiten expandir su ámbito de influencia (*Ausstrahlungswirkung*)<sup>2/3</sup>. Como advierte E. DÍAZ «esta

\* Trabajo terminado en el *Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional de la Universidad de Colonia* al comienzo de una estancia de investigación financiada por la *Fundación Alexander von Humboldt*. Mi gratitud al Director de este Centro, Prof. Dr. *Thomas Weigend*, por sus interesantes observaciones.

Se tienen en cuenta algunas cuestiones planteadas en la discusión que tuvo lugar el 08 de mayo de 2005 en Frankfurt Oder con motivo de la *Strafrechtslehrtagung «Transnationale Grundlagen des Strafrechts»*, a la que tuve oportunidad de asistir. Agradezco al Prof. Dr. h. c. *Günther Jakobs* haber podido conversar con él sobre la evolución de su pensamiento en este punto, así como su amabilidad al permitirme acceder anticipadamente al texto del artículo correspondiente a su ponencia “Terroristen als Personen im Recht?” [*ZStW*, 117, 2005/4, pp. 839-851].

\*\* Abreviaturas empleadas: ADPCP. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; CRP: Claves de Razón Práctica; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goldammer’s Archiv; DPCRI: Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional. RCSP: Revista catalana de seguridad pública; JpD: Revista Jueces para la Democracia; RDP: Revista de Derecho Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECPC: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso penal; RGDP: Revista General de Derecho Penal; RP: Revista Penal; StV: Strafverteidiger; ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik; ZStrR: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

<sup>1</sup> *García Figueroa*, en Carbonell (Edt.), *Neoconstitucionalismo* (s), 2003, pp. 159 ff.; *ibid.*, en Betegón/de Páramo/Laporta/Prieto Sanchís (Edt.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, 2004, pp. 235 ss.

<sup>2</sup> *García Figueroa* (Nota. 1), p. 165

<sup>3</sup> *Vid.*, al respecto, las valiosas aportaciones de *Donnini* para la implementación del “constitucionalismo” a la Ciencia

necesaria y autónoma diferenciación opuesta por sí misma a toda unificación que implique fusión y confusión de ambas dimensiones (iusnaturalismo tradicional), no se reduce ni se identifica tampoco en modo alguno con la incomunicación, ruptura y escisión entre ambas (positivismo extremo)<sup>4</sup>. Pues bien, esta tensión entre el ser y el deber ser del Derecho se refleja en el Derecho Penal, en la delimitación entre funciones y fines del mismo<sup>5</sup>. Estos últimos legitiman su intervención, aquellas pueden entrar en disonancia con estos últimos, y contribuir acaso a lo contrario. Esta es una problemática subyacente al debate acerca de la seguridad y la libertad en el Derecho penal porque, como veremos después, tras los actuales modelos político-criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a determinadas exigencias sociales<sup>6</sup>, que no se corresponden con la finalidad básica del Derecho Penal del hecho, a la que algunos renuncian, consistente en la protección de bienes jurídicos<sup>7</sup>. La conclusión que se alcanza es que el vínculo de unión entre el ser y el deber ser del Derecho penal han de ser los Derechos Humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de Derecho basada en exigencias de seguridad, o en

un estado de necesidad de cualquier tipo<sup>8</sup>, que pase por alto este punto, es según esta perspectiva inaceptable.

## 2. Filosófico-político: liberalismo-comunitarismo

Respecto al segundo no cabe duda de que tras la contraposición seguridad-libertad se hallan diferentes tradiciones filosófico-políticas que explican los términos de la relación de modo diverso: el liberalismo y el comunitarismo<sup>9</sup>. El liberalismo no es una doctrina unitaria, y a los autores clásicos como Hobbes, Mandeville, Locke, Adam Smith, Voltaire, Kant, Bentham y J.S Mill, se han unido en el siglo XX múltiples versiones del liberalismo como las de Popper, Hayek, Nozick, y Dworkin<sup>10</sup>. Especialmente significativas para la Filosofía política han sido sin duda en tiempos recientes la obra de Rawls<sup>11</sup> y Habermas<sup>12</sup>. Frente al énfasis liberal en la razón y los derechos individuales básicos<sup>13</sup>, el comunitarismo estima que con ello se infravalora la importancia de la comunidad, condición indispensable para crear un marco social cohesionado y justo. Aparte de la obra de Tönnies *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), autores de la talla de Marx, Nietzsche, Weber, Simmel, Adorno, Heidegger, Arendt, etc, y más recientemente Alasdair MacIntyre y Charles Taylor, han llevado a cabo reflexiones críticas en este sentido<sup>14</sup>.

Ciertamente, como advierte ALCACER GUIRAO, “lo que caracteriza a la institución social de la pena y confiere a la discusión sobre la misma hondas raíces éticas en su carácter de doble filo respecto a la libertad individual, que, por un lado, protege de forma colectiva, pero que por otro

---

Penal: *Donnini*, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (Edt.), *La política criminal en Europa*, 2004, p. 41 (55, 56) [“...en muchas culturas europeas el desarrollo de un *Derecho penal orientado a la Constitución* aparece incluso en los albores de su historia y *debe ser absolutamente implementado*”; “En un contexto cuanto menos europeo, es sobre todo una dogmática fundada en principios constitucionales y de garantía la que contiene una fuerza propulsora que la dogmática, en cuanto «teleológicamente» orientada (...) no tiene”] (cursivas en el original); *ibid.*, “Il volto attuale dell’illecito penale”, en Pérez Álvarez (edt.), *Serta in memoriam Alexandra Barata*, Salamanca 2004, p. 1227 (1240).

<sup>4</sup> *Díaz, E.*, Boletín informativo 286, Fundación Juan March 1999, p. 4.

<sup>5</sup> *Silva Sánchez*, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 194; *Ferrajoli*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995; *Pérez Manzano*, *Culpabilidad y prevención*, 1986, p. 217 ss.; *Demetrio Crespo*, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 56 ss.

<sup>6</sup> *Díez Ripollés*, CRP 1998/85, 48; *ibid.*, AP 2001/1, 1; *ibid.*, *Doxa* 2001/24, 485; *ibid.*, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003; *Pastor*, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, 2005, p. 15 ff.

<sup>7</sup> Vid, entre otras referencias, *Günther*, en: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Edt.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 445 ss; *Hirsch*, en: Courakis (Edt.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis*, Band I, 2001, p. 425 ss.; *Alcácer Guirao*, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003; *Portilla Contreras*, en Octavio De Toledo/ Gurdíel/ Cortés (Edt.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, p. 895 ss.

---

<sup>8</sup> Sobre la problemática del “estado de necesidad del Estado”, *vid*, por todos, *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart*, 2004, *passim*.

<sup>9</sup> Sobre la importancia de la problemática en la teoría de la pena y la política criminal, Cfr: *Kunz*, *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*, 2000, p. 35 ss.

<sup>10</sup> *Muñoz, J.*, *Diccionario de Filosofía*, 2003, p. 526

<sup>11</sup> *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 7. ed. 1993; *ibid.*, *Politischer Liberalismus*, 1998; *Hirsch* (Edt.), *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, 1997.

<sup>12</sup> *Habermas*, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5. ed. 1997; *ibid.*, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996.

<sup>13</sup> *Vid*, al respecto, *Betegón*, en *Betegón et al.* (Nota. 1), p. 41 (“El liberalismo, en un sentido originario o primario, debe ser caracterizado como una teoría política cuyo interés central es la defensa de una doctrina acerca de los límites del gobierno y que, a tal fin, suministra un marco de garantías institucionales que salvaguardan la libertad personal”).

<sup>14</sup> *Muñoz, J.* (Nota 10), p. 100 s.

vulnera con su imposición”<sup>15</sup>. No en vano, señala ZAFFARONI, “la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”<sup>16</sup>. Esta discusión sobre la legitimidad del Derecho Penal se plasma en el binomio *prevención-garantías*, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y a mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva). Tras este binomio cabe descubrir diversas formas de racionalidad, en particular una teleológica (*Zweckrationalität*), y una deontológica o valorativa (*Wertrationalität*), que se corresponden con dos tradiciones éticas: la utilitarista y la kantiana<sup>17</sup>.

En el terreno de los fines de la pena, han sido las teorías de la prevención general positiva en sus diferentes variantes las encargadas de intentar lograr la armonía entre los dos polos, en particular, entre las exigencias de la prevención y las derivadas de la culpabilidad<sup>18</sup>. Las variantes teóricas y las aportaciones doctrinales en este terreno son prácticamente inabarcables y no es el objetivo de este trabajo entrar a fondo en ellas, pero sí tratar de establecer el vínculo existente entre la variante funcionalista sistémica de la prevención general positiva y el llamado “derecho penal del enemigo”<sup>19</sup>. Como trataré de argumentar, en mi opinión, el “derecho penal del enemigo” aparece como una “excepción”, no contradictoria, sino consecuente, con ese modo de entender los fines y/o funciones del Derecho Penal<sup>20</sup>.

## II. “Derecho penal del enemigo”

### 1. “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad

Las reformas del Código Penal español producidas a lo largo del año 2003 han sido objeto de preocupación y crítica por parte de la doctrina penal<sup>21</sup> al entender que a ellas subyace un

modelo político-criminal que antepone la seguridad a las garantías<sup>22</sup>. También en el Derecho comparado se observa el mismo fenómeno<sup>23</sup>. Es necesario por tanto preguntarse acerca de su legitimidad y compatibilidad con el “Derecho Penal del hecho” propio del Estado de Derecho. La lógica consecuencia de este planteamiento será argumentar si el derecho a la seguridad es realmente tal, o si la seguridad es sólo un aspecto dependiente de la garantía de los derechos de las personas (de todas las personas) frente al Estado y frente a terceros. No se trata de una especulación teórica, sino de una pregunta que afecta a los Derechos Fundamentales de las personas: ¿se trata de intereses en conflicto, o encuentran su síntesis en un concepto de libertad que tiene en la seguridad uno de sus presupuestos?<sup>24</sup>.

Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. Si concedemos a la seguridad un estatuto autónomo posiblemente pisemos terreno firme para defender la idea de que un recrudescimiento del Derecho Penal es legítimo en la medida en que ello sea necesario para proteger el derecho a la seguridad de los que no delinquen. Si por el contrario entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad. La idea de la “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de

<sup>15</sup> Alcacer Guirao, Doxa 2002/25, 139.

<sup>16</sup> Zaffaroni, Discurso para la investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 20.

<sup>17</sup> Más ampliamente, por todos, Alcacer Guirao, ADPCP 1999/LII, 177; *ibid.* (Nota 15), p. 139 ss.

<sup>18</sup> Sobre los diferentes modelos de pensamiento, Schumann, *Positive Generalprävention*, 1989, p. 1 ss.; Demetrio Crespo (Nota 5), p. 114 ss.

<sup>19</sup> Acerca del funcionalismo en el Derecho penal, entre otras referencias, Vid: García Amado, Doxa 2000/23, 233; Peñaranda Ramos, Doxa 2000/23, 289; Portilla Contreras, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (Edt.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, p. 135 ss; Prieto Navarro, Doxa 2000/23, 265; Sacher, ZStW 2006 (en prensa).

<sup>20</sup> Vid, por todos, Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, passim.

<sup>21</sup> Entre otras referencias, vid: Acale Sánchez, en Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 1197 ss; Cugat Mauri, en Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 183 ff.; Demetrio Crespo, RDP 2005/1, 505; *ibid.*, en: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Edt.),

La tensión entre la libertad y la seguridad: una aproximación sociojurídica, 2006, p. 107 ss; Lorenzo Copello, JpD 2004/50, 30; Maqueda Abreu, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), p. 1287 ss.; Mir Puig/Alcácer Guirao, GA 2005, 243; Nieto Martín, RP 2004/13, 219; Pérez Cepeda, en: Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda (Edt.) (Nota 21) p. 223 ss.; Quintero Olivares, en: Octavio De Toledo et al. (Nota 7), p. 929 ss.; *ibid.*, Adónde va el Derecho penal, 2004; Zugaldía Espinar, en: Octavio De Toledo et al. (Nota7), p. 1132 ss.

<sup>22</sup> Acerca de la evolución de la criminalidad y las políticas de seguridad pública en España, vid. el estudio analítico-criminológico de Arroyo Zapatero, en: *Urban Society across the World: Lessons Learned*, ISPAC Ancillary Meeting. Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 2005 ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

<sup>23</sup> Vid, entre otras referencias, Bernardi, en: *El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero*. Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Défense Sociale, 2003, p. 71 ss; Miranda Rodríguez, en: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 207 ss; Hassemmer, StraFo 2005, 312.

<sup>24</sup> En estos términos, Gómez Martín, en: Mir Puig et al. (Nota 3), p. 59 (62).

peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

Se trata en definitiva de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del *Estado preventivo*, que preconiza un *modo de actuar proactivo* frente a los riesgos, y no como sería propio del *Estado de Derecho*, delimitado *reactivamente* de acuerdo a determinados principios y garantías<sup>25</sup>. Dichos principios, en particular el principio de proporcionalidad (o prohibición de exceso), se ve desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido. Esto desemboca en último término, como puede verse en el ámbito del derecho penal de extranjeros, en medidas restrictivas de derechos basadas en programas indeterminados<sup>26</sup>. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de riesgo de violación de los derechos, donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas”<sup>27</sup>.

La tesis fundamental aquí sostenida es que el llamado “*discurso de las garantías*” no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora. En mi opinión es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas. Sustituir la “racionalidad valorativa” inherente al mismo por una “racionalidad pragmática”<sup>28</sup>, justamente cuando hace falta defender esos principios, es una forma de dar validez a una transformación de los parámetros político-criminales altamente discutible. Sin duda son muchos los rostros del Derecho Penal, y uno que no es posible olvidar en ningún caso, es el protector y garantista<sup>29</sup>.

## 2. ¿“Derecho penal del enemigo” legítimo?

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración<sup>30</sup>, significativamente con la famosa obra de BECCARIA (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde VON LISZT (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea, junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, la vía despenalizadora, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a la víctima en el conflicto penal.

Sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*<sup>31</sup>, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que GRACIA MARTÍN aboga con gran determinación<sup>32</sup>, frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”, comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “derecho penal del enemigo”<sup>33</sup>. Este

<sup>25</sup> En opinión de *Denninger* la “invención” de un “Derecho fundamental” a la seguridad por el Tribunal Constitucional alemán no ha contribuido a solventar el problema de la contraposición básica entre seguridad y libertad, sino que ha sido utilizado como argumento para la justificación de atribuciones de intervención estatales cada vez más amplias *Denninger*, in: Goethe Institut. Online-Redaktion <http://www.goethe.de/kug/ges/pok/thm/de163802.htm> –; *ibid.*, en: Koch (Edt.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, 2002.

<sup>26</sup> *Laurenzo Copello* (Nota 21), p. 30.

<sup>27</sup> *Baratta*, RCSP 2001/8, 19.

<sup>28</sup> En esta línea, Vid: *Díez Ripollés*, JpD 2004/49, 41.

<sup>29</sup> *Hassemer*, RGDP 2005/3 (www.iustel.com).

<sup>30</sup> *Prieto Sanchís*, *La Filosofía Penal de la Ilustración*, 2003, *passim*.

<sup>31</sup> Sobre la evolución, ampliamente, *Demetrio Crespo*, RDPC 2004/14, 87 [= NDP 2004/A, 47; en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1027]. Recientemente, con ulteriores referencias, vid: *Weigend*, en: Sieber /Albrecht (Edt.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, p. 44 (55 ss., 64).

<sup>32</sup> *Gracia Martín*, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003.

<sup>33</sup> Entre otras aportaciones recientes, en la *bibliografía en español*: *Brandariz García*, en: Faraldo/Brandariz/Puente (Edt.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 15 ss; *Cancio Meliá*, DPCRI 2003/3, 31; *Demetrio Crespo* (Nota 31), S. 87; *ibid.*,

RGDP 2005/4 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); Díez Ripollés, RECPC 2005/07-01, 22 (<http://criminet.ugr.es/recpc>); Faraldo Cabana, en: Faraldo et al. (Nota 34), p. 310 ss.; Gracia Martín, RGDP 2004/2, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *ibid.*, RECPC 2005/07-02, 1 (<http://criminet.ugr.es/recpc>) [RDP 2005/1, 87]; *ibid.*, El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”, 2005; Jakobs /Cancio, Derecho penal del enemigo, 2003, (2. ed.2006); Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, 2002, p. 117 ss.; *ibid.*, en: Octavio De Toledo et al. (Nota 7), p. 803 ss.; *ibid.*, RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); *ibid.*, RP 2005/16, 123; *ibid.*, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, 2005; Pastor, en: Libro Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs (en prensa); Pérez Del Valle, CPC 2001, 75; Portilla Contreras, RMT 2002, 83; *ibid.*, JpD 2004/49; *ibid.*, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota 3), S. 1401 ff.; *ibid.*, en: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004, S. 706 ss.; Prittwitz, en: Mir Puig et al. (Nota 3), S. 107 ff; Ramos Vázquez, en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1425 ss.; *ibid.*, en: Faraldo et al. (Nota 34), p. 65 (90 ss.); Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.ed. 2001, p. 163 ss.; Velásquez Velásquez, en RGDP 2005/3, 1 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)); Zaffaroni (Nota 16).

En la bibliografía en alemán: Albrecht, ZStW 117 (2005), 852; Ambos, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. ed. 2004, p. 62 ss; *ibid.*, ZStrR 2006, 1; Aponte, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004; Cancio Meliá, ZStW 117 (2005), 267; Greco, GA 2006, 96; Gössel, en: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Edt.), Festschrift für Friederich-Christian Schroeder, 2006, p. 33; Hefendehl, StV 2005, 156; Hörnle, GA 2006, 80; Kindhäuser, en Hoyer et al. (Nota 33), p. 81; Prittwitz, en: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Edt.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, p. 499 ss; *ibid.*, en: Pilgram/Prittwitz (Edt.), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, 2005, p. 215 ss; Sauer, NJW 2005, 1703; Schulz, ZStW 112 (2000), 653; Scheffler (Nota 23) p. 123 ss; Schünemann, GA 2001, 205 (210); *ibid.*, en: Griesbaum/Hannich/Schnarr, Festschrift für Kay Nehm, 2006, p. 219 ss; Sinn, ZIS 2006, 107; Uwer /Organisationsbüro der Straffverteidigervereinigungen (Edt.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindstrafrechtsstaat, 2006 (y las aportaciones a este volumen).

De la obra de Günther Jakobs, *cfr.*, en particular: Jakobs, ZStW 97 (1985), 751; *ibid.*, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1997 (2. ed. 1999); *ibid.*, ZStW 107 (1995), 843; *ibid.*, en: Eser/Hassemmer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, p. 47 ss.; *ibid.*, en: Courakis (Edt.) (Fn 7), S. 447 ff; *ibid.*, en Hsu (Edt.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun, 2003, p. 41 ss; *ibid.* (Nota 20), p. 5 ss.; *ibid.*, ZStW 117 (2005), 247; *ibid.*, ZStW 117 (2005), 418; y por último, *ibid.*, ZStW 117 (2005), 839.

pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio<sup>34</sup>, como si fueran animales salvajes<sup>35</sup>. Se trataría así a estos seres humanos, no como personas, sino como *individuos peligrosos a los que el Derecho penal despersonaliza parcialmente*, en el marco de lo necesario para combatir determinado tipo de delincuencia (como la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, la delincuencia sexual, o en general, los delitos graves)<sup>36</sup>.

Frente a este “derecho penal” cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable. Por lo que afecta a la pregunta por la legitimidad, esta debe responderse en mi opinión, sin duda, en sentido negativo porque se trataría en todo caso de un “derecho penal” que no respeta la dignidad humana.

### 3. Características del “derecho penal del enemigo”

El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales<sup>37</sup>. No se trata, sin embargo, de una denominación actual, sino que por un lado recuerda a la dicotomía utilizada por Carl Schmitt<sup>38/39</sup> para describir el

<sup>34</sup> Cancio Meliá (Nota 33), p. 280.

<sup>35</sup> Vid. Jakobs (Nota 20), p. 40 ss (41): “*es geht demgemäß um die Sicherung einer Gefahrenquelle, wie bei einem wilden Tier, nicht aber um den Umgang mit einer Person*” (la cursiva es mía); Jakobs (Nota 33), p. 843: «Deshalb ist der Satz “rechtlich hat jeder Mensch den Anspruch, als Person behandelt zu werden” unvollständig; (...). Der Satz muß also richtig lauten, “jeder, der zumindest einermäßigen verläßlich Rechtstreue leistet, hat den Anspruch, als Person behandelt zu werden”, und wer diese Leistung nicht erbringt, wird eben fremdverwaltet, was heißt, nicht als Person behandelt».

<sup>36</sup> Ebenda, p. 40 ss. (41 s).

<sup>37</sup> Jakobs (Nota 33), p. 47 ss; Cancio Meliá (Nota 33), p. 37; Gracia Martín (Nota 33), p. 9 ff. Muñoz Conde (Nota 33) (803) lo caracteriza, dado que no hay un Derecho penal que no sea «autoritario», como un “Derecho penal más autoritario de lo normal, un Derecho penal que se ha colado de rondón, «por la puerta falsa» de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera al poder punitivo del Estado”

<sup>38</sup> Resulta llamativo que mientras que Carl Schmitt subraya que se expresa el respeto al enemigo precisamente porque se le reconoce como tal y no como delincuente (*vid.* la referencia en Beck, Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden, 2004, p. 205), en la “teoría del derecho penal del enemigo” se trata de “delincuentes” que deben ser tratados como “enemigos”.

modo de reacción del Estado frente a los crímenes políticos graves, y por otro, sus orígenes se remontan ya a la época clásica<sup>40</sup>. En este sentido dice ZAFFARONI que “la descripción de las características del embate contemporáneo contra el derecho penal liberal (...) no reproduce ninguno de los autoritarismos históricos o pasados, lo cierto es que parece reciclar elementos que se hallaban en casi todos éstos”, lo que le permite sostener que “existen estructuras discursivas que son idénticas, aunque los contenidos y la tecnología varían culturalmente”<sup>41</sup>.

El principal teórico del concepto en la discusión actual, JAKOBS, lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, 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 combate por su peligrosidad<sup>42</sup>. En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no

---

Esta similitud le fue reprochada a Günther Jakobs por Peter-Alexis Albrecht tras su ponencia sobre el tema en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005. Frente a esta objeción Jakobs se defendió diciendo que su teoría no se inspira en absoluto en la Filosofía Política de este autor. La terminología y los planteamientos son ciertamente parecidos, pero deben situarse en su correspondiente marco histórico. Cfr. Uwer, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 37 ss; Kaleck, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 290 ss.

Otros argumentos empleados por Albrecht para rebatir el Derecho penal del enemigo fueron la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”), el Derecho penal del enemigo como legalización del fenómeno de erosión del Derecho penal del Estado de Derecho llevándolo a un extremo insoportable, o la vuelta por esta vía al “estado de naturaleza”. Cfr. Albrecht (Nota 33); *ibid.*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 117 ss.

<sup>39</sup> Así, en *El concepto de lo político* puede leerse: „Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d.h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer eben-solchen Gesamtheit gegenübersteht“ (Cfr. Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierungen*, 1932, p. 15 ss, 16). Sobre el pensamiento de Carl Schmitt cfr. Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, 1986. Sobre los paralelismos vid: Prieto Navarro, en: Bacigalupo, S./Cancio Meliá (Edt.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, 2005, p. 49 (70 ss).

<sup>40</sup> Vid: Pastor (Nota 33) Punto II; Gracia Martín (Nota 33), p. 12 ss.

<sup>41</sup> Zaffaroni (Nota 16), p. 26

<sup>42</sup> Jakobs (Nota 33), p. 41 ss.

puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana<sup>43</sup>.

#### 4. ¿“Derecho penal del enemigo” como estado de necesidad en el marco de lo indispensable?

La ponencia del Prof. Jakobs en la *Strafrechtslehrtagung* de Frankfurt Oder, comenzaba con la siguiente pregunta: *¿se puede llevar a cabo la “guerra contra el terror” con los medios del Derecho penal del Estado de Derecho?*<sup>44</sup>. La pregunta planteada la responde el autor en sentido negativo al final de la misma basándose en que entonces el Estado tendría que tratar a sus *enemigos* como personas, y no estaría legitimado para tratarlos como meras fuentes de peligro<sup>45</sup>.

Esta primera pregunta presupone, a su vez, otra que resulta esencial: *¿es legítimo el “derecho penal del enemigo”?, y en caso afirmativo, ¿en qué medida?*. La respuesta a esta segunda pregunta reza para Jakobs como sigue: el “derecho penal del enemigo” es legítimo en la medida de lo necesario (*im Rahmen des Erforderlichen*). En su opinión el Estado no puede renunciar a ningún medio, o caer en tabúes, para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección<sup>46</sup>. Todo ello bajo la consideración de que el Estado de Derecho no puede considerarse de modo abstracto-ideal sino desde el punto de vista de su concreta vigencia

---

<sup>43</sup> Ebenda, p. 47 s.. Sobre el concepto de persona manejado por Jakobs, como sujeto portador de derechos y deberes, y la distinción individuo/persona, Jakobs (Nota 33), p. 247 (265): («1. Menschliche Individuen (Sinnenwesen) sind weder in ihrer Physis frei noch in ihrem psychischen Antrieb durch Lust oder Unlust; insoweit setzt die Straftheorie nicht anders an als die moderne Hirnforschung; 2. Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, vielmehr Personen. Personen sind die kommunikativ konstruierten Adressen von Rechten und Pflichten», pp. 265-266). Al respecto, Cfr: Portilla Contreras (Nota 33), p. 699 ss; Gracia Martín (Nota 33), p. 23 ss; Gössel (Nota 33), p. 38 ss.

<sup>44</sup> Jakobs (Nota 33), p. 839.

<sup>45</sup> Ebenda, p. 851.

<sup>46</sup> Véase, sin embargo, las reflexiones de Roxin a propósito de la discusión habida en Alemania acerca de si en casos excepcionales puede considerarse legítima la tortura, o al menos, quedar sin pena, en el sentido de que la protección que puede otorgar el Estado a la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos sólo puede moverse en el marco y con los límites de actuación propios del Estado de Derecho, entre los cuales figura justamente la prohibición de la tortura (Roxin, in: Arnold / Burkhard /Gropp / Heine / Koch / Lagodny/ Perron / Walther, *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 461 (466). También recientemente: Beestermöller/Brunkhorst (Edt.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?*, 2006, *passim*.

(*konkrete Geltung*)<sup>47</sup>. Lo necesario implica que debe privarse a los terroristas aquellos derechos de lo que abusa para acometer sus planes, y en particular, su libertad de obrar, como sucede en el ámbito de las medidas de seguridad (*Sicherungsverwahrung*)<sup>48</sup>.

Al respecto se plantea SILVA SÁNCHEZ si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal (la primera se refiere al Derecho penal «de la cárcel» y la segunda el Derecho penal sin pena privativa de libertad, que experimentaría una flexibilización relativa de las garantías), con pena privativa de libertad, y al mismo tiempo, una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. El autor acoge “con reservas” la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable”. Al mismo tiempo restringe su legitimidad a situaciones de

<sup>47</sup> *Jakobs* (Nota 33), p. 846: “Erstens, der Staat muß seine Gestalt nicht mutwillig aufs Spiel stezen; (...). Zweitens, die Deduktion einer Antwort auf die Frage nach der Legitimität aus dem abstrakten Begriff des Rechtsstaats ist nichts wert. Daß ein Staat, der keine Sicherungsverwahrung kennt, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung nur als Tat gegen die öffentliche Ordnung bestraft, dem Kontantksperrern, Lauschangriffe, V-Leute und vieles weitere fremd sind, dem Ideal eines Rechtsstaates näherkomme als ein Staat, der Solche Einrichtungen und Maßnahmen erlaubt, läßt sich nur abstrakt feststellen; konkret mag der Verzicht auf diese Einrichtungen das Recht des Bürgers auf Sicherheit aushölen, und dieses Recht auf Sicherheit ist nur ein anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung”. En el mismo sentido también en *Jakobs* (Nota 33), p. 421 y 425.

<sup>48</sup> *Jakobs* (Nota 33), p. 847: “Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf *das Erforderliche* zu beschränken...Aber was ist erforderlich? Zunächst muß dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, das er mißbrauchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung,...”. También *Silva Sánchez* (Nota 33) (165), advierte que el Derecho penal del enemigo, como Derecho penal de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, es algo ya muy patente en el primer tercio del siglo XX. Sobre la problemática, vid., por todos, *Kunz*, en: *Arnold et al.* (Nota 46), p. 1375 (1388); asimismo, *Rehn/ Wischka/ Lösel/ Walter* (Edt.), *Behandlung “gefährlicher Straftäter”. Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse*, 2001, passim. Sobre la “reconstrucción” del derecho de la peligrosidad, sus características y propuestas, en el momento actual *Díez Ripollés* (Nota 33), p. 26 ss.

“absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia”<sup>49</sup>.

Por las razones que expongo a lo largo del trabajo ambas posiciones me parecen rechazables: no creo que sea legítimo ningún espacio para un “derecho penal del enemigo” en el Derecho penal democrático, pues se trata, por definición, de un “derecho penal” que niega la dignidad humana<sup>50</sup>.

##### 5. “Derecho penal del enemigo” como concepción descriptiva/prescriptiva y “excepción consecuyente” respecto a la “estabilización de la norma”

Que la actual concepción de JAKOBS, a diferencia de lo sostenido en 1985<sup>51</sup>, no es sólo descriptiva, incluso dotada de una fuerte capacidad crítica, sino que ha sufrido una evolución progresivamente encaminada a la defensa del Derecho penal del enemigo bajo determinadas condiciones<sup>52</sup>, es algo que se deduce de la lectura de sus escritos al respecto en los últimos años. Paradójicamente, y pese a la rotundidad de sus afirmaciones, cuando el Prof. Jakobs hubo de afrontar la objeción acerca del peligro que implica una teoría capaz de legitimar un Derecho penal excepcional al margen del Estado de Derecho<sup>53</sup>, el autor contestó que su planteamiento era en un porcentaje del 98% únicamente descriptivo. Parecía entonces que se trataba de nuevo más bien de evitar que se produzca una “contaminación” de las características propias del Derecho penal del enemigo al resto del Derecho penal<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 163 ss (166). Sobre la proximidad de los planteamientos de Jakobs y Silva, así como posibles matizaciones, *Díez Ripollés* (Nota 33), p. 24 s.

<sup>50</sup> En este sentido también, *Ambos* (Nota 33), p. 62 ss.

<sup>51</sup> Así puede leerse en su trabajo de 1985 acerca de la tentativa, lo siguiente: “A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad” (Vid: *Jakobs*, en: *Estudios de Derecho Penal*, trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, 1997, p. 295).

<sup>52</sup> En este sentido igualmente, entre otros, *Cancio Meliá* (Nota 33), p. 278; *Greco* (Nota 33), p. 96 ss. De esta evolución da debida cuenta *Prittwitz* (Nota 33) (109) señalando que en la intervención en Berlín en octubre de 1999 “Jakobs no sólo constató la presencia del «Derecho penal del enemigo» en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia”. Vid, también, *Weigend* (Nota 31), p. 59, Nota 97.

<sup>53</sup> Planteada en la discusión que tuvo lugar tras su ponencia en Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005.

<sup>54</sup> Recientemente, en la conversación que sostuve en Bonn con el Profesor Jakobs, en la que este insistió en esta

Pero se trata aquí en realidad de un problema que afecta fundamentalmente al *carácter ambiguo del concepto*, que admite diversos usos según el contexto<sup>55</sup>.

Con todo, lo que no ha variado es su pensamiento metodológico, en el cual el criterio del bien jurídico como concepto delimitador de la intervención penal pierde toda relevancia, y se sustituye por la función preventivo-general positiva de la “estabilización de la norma”<sup>56</sup>. En este sentido sostiene acertadamente GÓMEZ MARTÍN que “ya se advertía en aquel primer Jakobs que su posición podía correr el riesgo de ser contradictoria con su propia concepción del Derecho penal y los fines de la pena”<sup>57</sup>. Efectivamente,

“división porcentual”, señalando que el 2% restante significa que el “derecho penal del enemigo” es en todo caso inevitable, y por tanto, el Estado tiene que recurrir a él, pude darme cuenta de que se trata en parte de un falso dilema. Para Jakobs su concepción es fundamentalmente descriptiva porque en su opinión es claro que el “derecho penal del enemigo” es algo que ya está ahí, o que antes o después tendrá lugar de forma irremediable porque de lo contrario el Estado se vendría a pique. De tal forma que la única función que restaría a la Ciencia Penal sería describirlo y delimitarlo lo mejor posible del resto del derecho penal, asumiendo en todo caso, que tal derecho penal es sólo legítimo (*darf sein*) en el marco de lo indispensable (*im Rahmen des Erforderlichen*). En este sentido, me decía, su teoría no es jurídico-política, sino que apunta en sentido filosófico-jurídico y dogmático. La idea clave sería entonces, en su opinión, lograr el mejor “Derecho penal del ciudadano” posible mediante la delimitación del “marco indispensable” del “Derecho penal del enemigo”, del cual debe diferenciarse limpiamente. Ese “*darf sein*”, y no si la concepción es más o menos descriptiva que prescriptiva o viceversa, es desde mi punto de vista lo verdaderamente relevante en la discusión. La magnitud del segmento “descriptivo” depende en realidad de en qué medida se interpreten como “derecho penal del enemigo” las normas o una parte de las normas de un ordenamiento jurídico determinado, así como de las previsiones que se hagan al respecto.

<sup>55</sup> Acerca de la falta de claridad del concepto, que puede ser entendido en sentido descriptivo, pero también en sentido crítico, y finalmente en sentido legitimador, especialmente clarificador: Greco (Nota 33), p. 102 ss.

<sup>56</sup> Vid: Jakobs, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, traducción de Cancio Meliá und Feijóo Sánchez, 2003, p. 47 ss (48): “El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma”.

<sup>57</sup> Gómez Martín (Nota 24), p. 82. Vid, también, recientemente: Frommel, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 60 s; Bung, en: Uwer et al. (Edt.) (Nota 33), p. 249 (257 ss.);

JAKOBS ya reconocía en 1985 que en situaciones excepcionales la vigencia de la norma podía verse amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque dichas normas debieran quedar separadas del “Derecho penal del ciudadano” para no contaminarlo<sup>58</sup>. En mi opinión se trata, en todo caso, sólo de una aparente contradicción porque lo que se pone de relieve en realidad es que de su modelo de pensamiento se extrae *consecuentemente* la necesidad de recurrir a un sistema excepcional para determinados supuestos (sujetos que no ofrecen *seguridad cognitiva*) que no encajan en el artificial edificio conceptual normativo del autor<sup>59</sup>.

Merece la pena, además, observar que la *capacidad legitimadora* de la teoría del derecho penal del enemigo puede llegar a abarcar ciertamente un segmento más amplio que el que se deriva en primera instancia del estado actual de un determinado ordenamiento jurídico. Si este fuera el caso, apelar al carácter meramente descriptivo de una construcción que en el fondo ofrece cobertura teórica (“justificación”) para esa realidad que dice describir se convierte sólo en un argumento circular, o como dice PRITTWITZ, en una “convicción”<sup>60</sup>.

#### 6. “Derecho penal del enemigo” como “Derecho penal de autor”

Con todo, lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración), y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino

*Schünemann* (Nota 33), p. 224 s. Con relación a la teoría de la prevención general positiva cfr., también, *Scheffler* (Nota 23), p. 138 s.: „In die Praxis umgesetzt soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung dadurch gestärkt werden, dass die Stammtische mit ihren „unappetitlichen Bestrafungsphantasien“ gehört werden.“

<sup>58</sup> *Jakobs* (Nota 51), p. 322 s [“Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que 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“].

<sup>59</sup> Vid. *Neumann*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 30 [“Gleichwohl bleibt der Gegensatz von Normbestätigung auf einer Seite, Gefahrenabwehr auf der anderen für das dualistische Modell von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht zentral: Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht bekämpft Gefahren“]

<sup>60</sup> *Prittwitz* (Nota 33), p. 117. También *Greco* (Nota 33) (104) destaca la existencia de no pocas razones para creer que *Jakobs* utiliza el concepto preponderantemente con carácter legitimador-afirmativo, deduciendo consecuencias normativas de premisas presuntamente descriptivas.

que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Sin embargo, a diferencia del clásico derecho de la guerra, que establecía claras diferencias entre paz y guerra, enemigo y delincuente, soldado y civil, dichas distinciones quedan borradas en nombre de la cruzada contra el terror. Como en la novela de George Orwells 1984 “la guerra significa paz, la libertad esclavitud, y la ignorancia es fuerza”. El primer *slogan* es adoptado por Ulrich Beck para ilustrar los métodos de la *guerra postnacional* que vulnera derechos humanos paradójicamente con el argumento de su defensa, y denunciar el peligro de la ilimitada manipulación de la existencia del ser humano<sup>61</sup>.

Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente<sup>62</sup>, sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho (y que, al margen de éste no puede tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente<sup>63</sup>.

Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo”, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho<sup>64</sup>, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “derecho penal de autor”<sup>65</sup>. Al Derecho Penal de autor le corresponde a su vez un concepto de “culpabilidad de autor”<sup>66</sup>, frente a la

“culpabilidad por el hecho” del Derecho penal del Estado de Derecho<sup>67</sup>. Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma *a priori*, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”<sup>68</sup>.

Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia<sup>69</sup>. El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del *uso simbólico del Derecho Penal*<sup>70</sup> (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia *crisis del Estado social*<sup>71</sup>.

### III. El “derecho penal del enemigo” en el contexto de la modernización / expansión del Derecho penal

#### 1. Diferenciaciones previas

La expansión/modernización del Derecho penal y el “derecho penal del enemigo” deben diferenciarse en principio adecuadamente porque mientras que aquella se centra sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, este último afecta principalmente a la criminalidad organizada y el terrorismo. Sin embargo, tampoco son fenómenos que quepa

---

Heintz, Engisch, y Schmidt, entre otros, Cfr: *Demetrio Crespo* (Nota 5), p. 227 ss.

<sup>67</sup> Cfr, sobre el problema, *Kindhäuser* (Nota 33), 81 (93 ss) (94), que advierte acerca de posibles mutaciones en el reparto de tareas entre el Derecho penal y el Derecho de policía.

<sup>68</sup> Sobre las recientes sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU, Cfr: *Fletcher*, RP 2005/16, 61; *Muñoz Conde* (Nota 33), p. 128 ss.

<sup>69</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 219 [“Auch ist die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ebensowenig wie die Tatsache ihrer Setzung Grund der Geltung. Grund der Geltung, das ist die Antwort auf die Frage, warum die Normen dieser Rechtsordnung befolgt und angewendet werden sollen, ist die vorausgesetzte Grundnorm, derzufolge man einer tatsächlichen gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll”]. Cfr, en este orden de ideas, ya la posición de *Jakobs* acerca de los crímenes cometidos en la DDR en: *Isensee* (Edt.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, p. 37 (52 ss.), así como la crítica correspondiente de *Lüderssen*, *ZStW* 1992, 735 (742 ss.) y *Hirsch*, *Rechtstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, 1996, p. 9 ss (13) [= *Ibid.*, *Obras Completas*, Tomo II, 1999, p. 209 (219)].

<sup>70</sup> Vid, al respecto, *Cancio Meliá* (Nota 33), p. 270 s.

<sup>71</sup> *Ferrajoli*, *Derechos y garantías*. La ley del más débil, 1999, p. 15 ss.; *Serrano-Piedecasas*, en: *Pérez Álvarez* (Edt.) (Nota 3), p. 921 ss.

---

<sup>61</sup> *Beck* (Nota 38), p. 197 ss. und *passim*.

<sup>62</sup> Cfr. *Schünemann* (Nota 33), p. 222 ss. Más allá, p.e, *Ramos Vázquez* (Nota 33) (p. 98), que entiende que “la teoría del Derecho penal del enemigo transita (...) entre la absoluta vacuidad teórica y la más sibilina de las argumentaciones, asomándose sin complejos al abismo que bordea el frágil edificio del Estado democrático de Derecho”. En otro sentido, *Gracia Martín* (Nota 33), p. 19 (“...los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina”).

<sup>63</sup> En este sentido ya en, *Demetrio Crespo* (Nota 31), p. 87 ss. Precisamente por ello, en mi opinión, no cabe plantear en absoluto condiciones de legitimidad de un tal “derecho” en un auténtico Estado de Derecho. En otro sentido, *Gracia Martín* (Nota 33), p. 4. Acerca de los modelos de Derecho penal subyacentes, Cfr. *Streng*, en: *Uwer et al.* (Nota 33), p. 231 ss.

<sup>64</sup> Al respecto, *Hirsch*, en: *Prittwitz et al.* (Nota 33), p. 253 ss.

<sup>65</sup> En el mismo sentido Vid: *Cancio Meliá*, en: *Jakobs/Cancio Meliá* (Nota 33), p. 57 ss., 100 ss.; *ibid.* (Nota 33), p. 286 ss.; *Muñoz Conde* (Nota 33), p. 126.

<sup>66</sup> Acerca de las diferentes formulaciones de la „culpabilidad de autor“, sostenida por autores como *Mezger*, *Bockelmann*,

tratar aisladamente porque ambos comparten determinadas tendencias de la política criminal contemporánea, en particular, la búsqueda de la eficacia y la seguridad<sup>72</sup>. El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad<sup>73</sup>. El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”<sup>74</sup>.

Como ha señalado HASSEMER<sup>75</sup>, algunos hechos característicos de la “sociedad de riesgos” han generado una alarma social que está provocando una tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho. El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción, o en el mejor de los casos, “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal*, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, por convicción, etc).

Sin embargo, es preciso conceder que la modernización del Derecho penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Se ha producido una transformación de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho penal debe poder alcanzar también la “criminalidad de los poderosos”, y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la

tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho ROXIN, sólo en un “infundado escepticismo” sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada<sup>76</sup>. De este planteamiento se deriva que no sólo es posible, sino también necesario, que el Derecho penal sirva para la prevención de los nuevos riesgos<sup>77</sup>.

Pero, “a renglón seguido”, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una “evolución” del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de “razonabilidad” acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada<sup>78</sup>.

## 2. La necesaria protección de bienes jurídicos colectivos

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal*<sup>79</sup>.

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” es ya un tópico desprovisto de contenido concreto<sup>80</sup>. Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado “Derecho Penal clásico” (“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de

<sup>72</sup> En este sentido *Cancio Meliá* (Nota 33) (269), que se refiere al “derecho penal simbólico” y al “punitivismo” como líneas de evolución que caracterizan la actual política criminal expansiva, y que marcan también las pautas del “derecho penal del enemigo”.

<sup>73</sup> Un intento en este sentido puede verse en: *Demetrio Crespo*, RDPP 2004/12, 201.

<sup>74</sup> Sobre el alcance de esta expresión: *Arroyo Zapatero*, RJCL 1987/1. *Díez Ripollés* (Nota 33) (31), explica acertadamente “que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal”. También, en sentido diferenciador, *Pérez Cepeda* (Nota 21) («El Derecho penal del enemigo, la “tolerancia cero”, la instrumentalización de las víctimas, no forma parte del derecho penal moderno, sino que es consecuencia del uso simbólico del derecho penal y de la propia crisis del Estado de Derecho»).

<sup>75</sup> *Hassemer*, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. ed. 1996, p. 15 ss. También en: *Hassemer / Muñoz Conde*, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 27 ss.

<sup>76</sup> *Roxin*, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 65.

<sup>77</sup> En este sentido, *Corcoy Bidasolo*, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 26 ss.; *Gómez Martín* (Nota 24), p. 66 ss.; *Gimbernat Ordeig*, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología*, 2001, p. 355 ss.

<sup>78</sup> *Demetrio Crespo* (Nota 31), p. 114. Sobre la “prosecución acrítica” de la modernización, *Díez Ripollés* (Nota 33), p. 31 ss. Asimismo, en sentido crítico, Cfr. *Weigend* (Nota 31) (62), quien se refiere, por una parte, a una creciente instrumentalización del Derecho penal, pero por otra, a la marginalización del mismo que aquella conlleva.

<sup>79</sup> *Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität* (Nota 7); *Hirsch*, en: *Hirsch / Hofmański / Plywaczewski / Roxin* (Edt.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht*, 1996, p. 33 ss [≡*Ibid.*, *Obras Completas*, Tomo II, 1999, pp. 61 y ss].

<sup>80</sup> *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 17.

Frankfurt<sup>81</sup>. Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio” (“*Nebenstrafrecht*”), dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”<sup>82</sup>. Esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada<sup>83</sup>.

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la “sociedad de riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima *inflación punitiva*. PRITTWITZ ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un momento en el que se reconoce ampliamente la “incapacidad” del Derecho Penal para la solución de problemas<sup>84</sup>. Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación “insostenible”, o

simplemente, ante una “nueva” situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista. Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas “imágenes del hombre” y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas “ideologías” que juegan un papel decisivo<sup>85</sup>. Me refiero al individualismo de la ya mencionada “Escuela de Frankfurt”<sup>86</sup>, y al “normativismo” de JAKOBS respectivamente, modelos de los que SCHÜNEMANN ha afirmado que constituyen dos callejones sin salida: el primero por estar abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia<sup>87</sup>.

### 3. La búsqueda de la eficacia y la seguridad

El fenómeno de la expansión/modernización del Derecho penal puede caracterizarse por tres grandes notas: la

<sup>81</sup> Entre otras referencias, Vid. *Hassemer*, RDPC 1999/3; *ibid.*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; Arroyo Zapatero / Neumann / Nieto Martín (Edt.), Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003.

<sup>82</sup> Entre otras referencias, Vid. *Beck*, Risikogesellschaft. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1989; *ibid.*, Riskogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1993; *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993; *Corcoy Bidasolo* (Nota 77); *Gómez Martín* (Nota 24), p. 59 ss.; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, 1991; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, p. 201 y ss, y *passim*; *Kuhlen*, GA 1994, p. 347; *Martínez-Buján Pérez*, en: Diez Ripollés et al. (Edt.) (Nota 19), p. 395 ss.; *ibid.*, en: Mir Puig et al. (Edt.) (Nota 3), p. 91 ss.; *Mendoza Buergo*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *Moccia*, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2. ed. 1997; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993; *Soto Navarro*, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; *Navarro Cardoso*, en: Pérez Álvarez (Nota 3), p. 1321 ss.

<sup>83</sup> *Schünemann*, GA 1995, 201 (211).

<sup>84</sup> *Prittowitz*, en: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Nota 7), p. 387 ss.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, la referencia expresa que hace *Martínez-Buján* (Nota 82) (106) a “una clara y confesable cobertura ideológica” que posee en su opinión la teoría penal del *Big Bang* (vinculada al desarrollo de nuevos bienes jurídicos colectivos), que vendría dada por la idea del moderno Estado social y democrático de Derecho; frente a lo que él llama “proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesable, en otros no tanto”, que caracterizaría a los partidarios de la teoría del *Big Crunch* en el ámbito económico. Todo ello para terminar afirmando que “no estaría de más recordar que el Ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también –y fundamentalmente– la libertad de quienes las cumplen”. En mi opinión, y sin poner en cuestión la cobertura ideológica de cada cual, esta última ponderación acerca de la libertad de “quienes cumplen las normas” frente a la de “quienes las infringen” estaría desenfocada de acuerdo al planteamiento que vengo realizando. No es que el Derecho Penal deba proteger “fundamentalmente” la libertad de unos frente a la de otros, sino la de todos: de lo que se trata realmente es, pues, de proteger bienes jurídicos en el marco constitucional.

<sup>86</sup> Véase la crítica de *Martínez-Buján* sobre el carácter desenfocado de algunas descalificaciones realizadas por los partidarios de la teoría del *Big Crunch*, y en especial por los de la “Escuela de Frankfurt”, en el sentido de que en muchos de los delitos económicos cuya legitimidad se pone en tela de juicio se tutelan en realidad bienes jurídicos individuales tradicionales, y también porque en algunos de los delitos orientados a preservar inmediatamente bienes jurídicos colectivos se trataría de bienes que se hallan indudablemente al servicio del individuo (Ebenda, p. 104).

<sup>87</sup> *Schünemann* (Nota 83), p. 203.

*administrativización*<sup>88</sup>, la *globalización*, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal*. SILVA SÁNCHEZ ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riegos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>89</sup>. El autor asume “con resignación” como vía de solución la existencia en el futuro de un “Derecho Penal de dos velocidades”<sup>90</sup>.

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse “*administrativización*” del Derecho Penal, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales*<sup>91</sup>.

La cuestión clave radica pues en la *desmaterialización* del concepto de bien jurídico<sup>92</sup>. El concepto liberal del bien jurídico, al que el funcionalismo sistémico había renunciado como punto de partida a través de su particular teoría preventivo-general positiva de la estabilización normativa, está actualmente en crisis<sup>93</sup>. Esta crisis, advierte MOCCIA,

cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia<sup>94</sup>.

El *concepto de “riesgo permitido”* juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos<sup>95</sup>. Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación en el que, en opinión de SILVA, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una *sobrevaloración esencial de la seguridad*<sup>96</sup>.

La *globalización*<sup>97</sup>, como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como

<sup>88</sup> Véase al respecto Zaffaroni (Nota 16), p. 25: “El derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del derecho penal en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de toda la historia (...). No es prudente olvidar este fenómeno en nuestros días, donde doctrinariamente se habla de la *administrativización del derecho penal*. ¿Es tal o simplemente es una cesión del derecho penal al derecho administrativo?. ¿No será directamente un retiro del derecho penal?. ¿No será acaso que el único derecho penal es el liberal?”.

<sup>89</sup> Silva Sánchez (Nota 33), p. 20.

<sup>90</sup> “Al margen de lo anterior puede admitirse *resignadamente* la expansión –ya producida– del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión” (Ebenda, p. 162).

<sup>91</sup> Ebenda, p. 121.

<sup>92</sup> Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000; Müssig, RDPC 2002/9, 169

<sup>93</sup> Se ha dicho, con razón, que “la teoría de la imputación de Jakobs, y, en general todo su sistema de Derecho penal tiene

la virtud de adaptarse satisfactoriamente al actual modelo social postindustrial (Cfr: Gómez Martín (Nota 24) p. 73).

<sup>94</sup> Moccia, en: Silva Sánchez (Edt.), Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, p. 114 f.; *ibid.*, El Derecho Penal entre ser y valor, 2003, p. 181 ss (188): “El respeto por la libertad individual, la búsqueda de límites al ejercicio del poder punitivo, razones de eficiencia y de mantenimiento de credibilidad del sistema penal, así como el perseguimiento de finalidades de integración social, constituyen todos factores que impulsan a una reducción drástica de la intervención penal”.

<sup>95</sup> Como ha puesto de relieve Paredes Castañón, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal (Cfr: Paredes Castañón, El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, 1995, p. 518 ss).

<sup>96</sup> Silva Sánchez (Nota 33), p. 42 ss (45).

<sup>97</sup> Vid, entre otras referencias, Beck, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung, 4. ed. 1998; Quintero Olivares, en: Zúñiga Rodríguez / Méndez Rodríguez / Diego Díaz-Santos (Edt.), El Derecho Penal ante

fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad post-industrial. Tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad, lo que se observa claramente en materias como la delincuencia económica y la delincuencia organizada en general. Los mismos tipos penales, junto al terrorismo, la delincuencia sexual, y la delincuencia grave en general, a los que recientemente ha aludido JAKOBS como legislación penal del enemigo<sup>98</sup>. Un capítulo mundialmente relevante viene dado en particular por la *europaización*<sup>99</sup>. Un marco de referencia más amplio ofrece la discusión acerca de la *internacionalización* del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal, sus posibilidades y límites<sup>100</sup>.

la globalización, 2002, p. 11; *Bernardi*, RDPP 2002/8, 13; *ibid.*, Modelli penali e società multiculturale, 2006, p. 3 ss; *Delmas-Marty*, en: Tours et travaux du Collage de France. Résumés 2003-2004. Annuaire 104 annéé, p. 695 ss.; *ibid.* en: Belloubet-Frier / Flogaitis / Gonod / Picard (Edt.), Études en l'honneur de Gérard Timsit, 2004, p. 89 ss.; *Pérez Cepeda*, en: Pérez Álvarez (Edt.) (Nota3), p. 1363 ss.; *ibid.*, Globalización, tráfico internacional de personas, y derecho penal, 2004, p. 303 ss.; *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 80 ss.; *Terradillos Basoco*, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez (Edt.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004; *Schünemann*, ARSP 93 (2004), 133 ss.

<sup>98</sup> *Jakobs* (Nota 20), p. 41 s.

<sup>99</sup> *Bernardi*, L'Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale, 2004; *Demetrio Crespo*, RP 2005/16, 43; *Nieto Martín*, RGDP 2005/3; *Schünemann* (Edt.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; *ibid.* ZStW 116 (2004), 376; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 281 ss. (302). Esta sufrió un severo revés político debido al resultado negativo del *referendum* celebrado en Francia para la aprobación de la "Constitución Europea". A esto se suma, por lo que afecta al Derecho Penal, la resolución del *Bundesverfassungsgericht* de 18.07.2005 que declara contraria a la Ley Fundamental de Bonn la norma de transposición de la Decisión Marco acerca de la Orden de Detención Europea. Al respecto, vid: *Demetrio Crespo*, La Ley 2006/6441, 1.

<sup>100</sup> Entre otras referencias, Vid: *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 835; *Weigend*, en: Arnold et al. (Nota 46), p. 955 ss. Con relación a las tareas, métodos, y presupuestos teóricos de la Ciencia comparada del Derecho penal, ampliamente, *Sieber*, en: *Sieber / Albrecht* (Nota 31), p. 78 ss.

Respecto al *Derecho penal internacional* y su interpretación desde la perspectiva del "derecho penal del enemigo", vid., por todos, *Pastor* (Nota 33), Notas 141 ff, en el que se califica en tono crítico a la "justicia penal internacional" como "el derecho penal del enemigo en su versión más pura". En otro sentido, sin embargo, se pronuncia *Ambos* (Nota 33), 63, quien considera que la concepción del "derecho penal del enemigo" es completamente inaceptable desde el punto de vista del Derecho penal internacional, porque no contempla el consenso mínimo en torno a los Derechos Humanos en el que

Ante el proceso en marcha se ha llegado a proponer, bien acometer una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien asumir que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo<sup>101</sup>. FERRAJOLI estima que, como consecuencia de este fenómeno de globalización, se puede hablar de una *crisis profunda del derecho*<sup>102</sup>. Ésta se manifiesta en primer lugar en una crisis de la credibilidad del derecho porque, a pesar de las muchas cartas constitucionales y declaraciones de derechos, los hombres son hoy incomparablemente más desiguales en concreto a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos. Un segundo aspecto de la crisis es la incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización<sup>103</sup>.

#### IV. Conclusiones

1. A la problemática del llamado "Derecho penal del enemigo" subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del "Derecho penal del enemigo" unilateralmente a favor de ésta última. El tema debe insertarse, pues, adecuadamente en su contexto metodológico y filosófico-político.

2. Desde el punto de vista metodológico esta "teoría" deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el "salto" del ser al "deber ser". O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia<sup>104</sup>. Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el "ser" con su "deber ser" a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Este consiste, como se ha dicho, en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de Derechos Fundamentales.

3. Desde el punto de vista filosófico-político la preocupación clásica del liberalismo por los derechos individuales básicos se ve desplazada por "tendencias antiliberales" que parten de la idea de que es preciso renunciar a una parte de libertad individual para alcanzar más

se basa el orden jurídico-penal internacional. Cfr., además, recientemente, *Aponte*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 156 ss.; *Pawlik*, en: Hoyer et al. (Nota 33), p. 357 ss.

<sup>101</sup> *Silva Sánchez* (Nota 33), p. 81 ss. (90 s.). Uno de nuestros más reputados especialistas del Derecho Penal económico ha propuesto por ejemplo la conveniencia de elaborar en este ámbito una ley penal especial para las infracciones económicas de menor gravedad, que podría incorporar una Parte General con reglas de imputación características al estilo de lo que sucede en el ámbito de los «euro-delitos» (Cfr. *Martínez Buján* (Nota 82), p. 98).

<sup>102</sup> *Ferrajoli*, CRP 2005/152, 20.

<sup>103</sup> *Ibidem*

<sup>104</sup> En este sentido ya en: *Demetrio Crespo* (Nota 31), p. 90.

seguridad colectivamente. Este *desplazamiento*, asumido sin inhibiciones por el espectro político mayoritario, implica en cierto modo el tránsito lento pero aparentemente imparable del modelo del *Estado de Derecho* al modelo del *Estado preventivo*, caracterizado por una *estrategia proactiva* frente a los riesgos (que deben ser evitados en el “ámbito previo” a la lesión o puesta en peligro), y no *reactiva* de acuerdo a ciertos principios y garantías.

4. La pregunta acerca de la legitimidad del “derecho penal del enemigo” debe responderse negativamente. Se trata de un “derecho penal” *ilegítimo* principalmente y, en primer lugar, porque niega el Derecho Fundamental de la dignidad humana. Pero también, como se ha visto, porque se trata de “derecho penal de autor”, e infringe un principio fundamental de la teoría del derecho según el cual la *validez* no puede hacerse derivar de la *eficacia*. En la medida en que se constate que además es un derecho penal “vigente” corresponde al jurista la tarea de criticarlo por su incompatibilidad con el Derecho penal del Estado de Derecho<sup>105</sup>.

5. El propio concepto “derecho penal del enemigo” es, probablemente, perjudicial e innecesario<sup>106</sup>. Perjudicial, porque tiene unas connotaciones que recuerdan peligrosamente a la teoría política de períodos fatídicos de la Historia, y porque, debido a su ambigüedad, da lugar a reacciones de tipo “emocional” más que de carácter discursivo<sup>107</sup>. Innecesario, porque como se ha visto, se trata esencialmente de un *derecho penal de autor*, expresión mucho más exacta por cuanto permite su delimitación respecto al *derecho penal del hecho*. Esto no es óbice para reconocer que el planteamiento del concepto ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del Derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos<sup>108</sup>.

6. A lo anterior puede añadirse la reflexión de si la teoría del “derecho penal del enemigo” no es, por lo demás, contradictoria en sí misma<sup>109</sup>. A esta conclusión se llegaría si se constata el hecho de que esta teoría parte de la necesidad en el marco de lo necesario de un “derecho penal” excepcional al margen del “derecho penal del ciudadano”,

cuya aplicación iría dirigida a “individuos peligrosos” que el derecho no puede tratar como personas. Pero, como señala GRACIA MARTÍN, “cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, () lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia”<sup>110</sup>.

7. Lo anterior pone de relieve algo no menos importante: que no se trata de una teoría, como parece a primera vista, que constata y en segundo término legitima, sino que, como se explica más arriba, su potencial de legitimación le permite abarcar un espectro mayor que el deriva de la presunta descripción de la realidad. La teoría del “derecho penal del enemigo” es una *teoría descriptivo-prescriptiva*, que se presenta además como una *excepción consecvente* a la concepción preventivo-general-positiva de la estabilización de la norma. Esta concepción acerca de los fines de la pena no se verifica en los sujetos que no ofrecen seguridad cognitiva, por lo que precisa para estos casos una explicación diferente. Esto demuestra, a su vez, la escasa capacidad de resistencia frente a la práctica política imperante del normativismo funcionalista.

8. El “derecho penal del enemigo” se inserta, por otra parte, en el *contexto político-criminal propio de la “modernización” del Derecho penal*, caracterizada fundamentalmente por su fuerte tendencia expansiva, y la búsqueda de la eficacia. Sin embargo, hay que diferenciar adecuadamente los diferentes ámbitos propios de la “modernización” (como p.e el “Derecho penal económico”), de los ámbitos hacia los que se proyecta la llamada “legislación penal del enemigo” (fundamentalmente, aunque no en exclusiva, criminalidad organizada y terrorismo). El primer segmento está avalado, con carácter general, por la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar en cada caso los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad. El segundo segmento traspasa claramente esos límites y es un “derecho penal” incompatible con el “programa penal de la Constitución”<sup>111</sup>.

9. Si no se quiere retroceder en el camino emprendido hace mucho tiempo en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal, no puede perderse de vista que *la contraposición entre libertad y seguridad no puede decantarse unilateralmente a favor de ésta última*. Se puede tal vez defender razonablemente, y con buenos argumentos, que ambos polos no están desvinculados entre sí, y que para garantizar la libertad se precisa seguridad. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que el Derecho penal no puede por sí mismo ofrecer seguridad, sino sólo realizar un pequeño y limitado aporte a la misma. Al mismo tiempo hay que diferenciar entre el concepto *seguridad mediante el Estado*, y el concepto *seguridad frente al Estado*, para no minusvalorar la sana equidistancia entre ambas<sup>112</sup>. El

<sup>105</sup> Así, por todos, *Muñoz Conde* (Nota 33), p. 136.

<sup>106</sup> Especial atención merece respecto al análisis del concepto el brillante trabajo de *Greco* (Nota 33) (113), que llega a la conclusión de este concepto no pueda reclamar espacio alguno en la Ciencia Penal.

<sup>107</sup> Vid, al respecto, *Gracia Martín* (Nota 33), p. 27 ss.

<sup>108</sup> En este sentido entiende *Cancio* (Nota 33) (268), que el concepto es un instrumento idóneo para describir un ámbito importante de la evolución actual de los ordenamientos jurídico-penales. Cfr., también, *Neumann*, en: Uwer et al. (Nota 33), p. 301, que habla del „derecho penal del enemigo“ como instrumento para el análisis jurídico.

<sup>109</sup> Vid. *Cancio*, que entiende que la expresión „derecho penal del ciudadano“ es un *pleonismo*, mientras que la de „derecho penal del enemigo“ sería una *contradictio in adjecto* (Ebenda). También *Schünemann* (Nota 33) (219), que entiende que el „derecho penal del enemigo“ no es Derecho penal.

<sup>110</sup> *Gracia Martín* (Nota 33), p. 29; también, *Schünemann* (Nota 33), p. 226.

<sup>111</sup> *Gössel* (Nota 33), p. 35 ss.

<sup>112</sup> *Kühne*, IRP-Rechtspolitisches Forum 2004/21, 19.

Derecho penal debe proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia y garantizar por esta vía la libertad individual de todas las personas.

10. Los Derechos Humanos, y su salvaguarda, como la separación de poderes o el principio democrático, son ciertamente elementos constitutivos del Estado de Derecho<sup>113</sup>. Como advierte E. DÍAZ, no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser<sup>114</sup>. Los Derechos Humanos han de ser también, por terminar retomando la cuestión planteada justo al principio, el vínculo irrenunciable entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la *barrera infranqueable* a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.

---

<sup>113</sup> Ebenda

<sup>114</sup> Díaz, en: Betegón et al. (Nota1), p. 17 ss. (17).