

Francisco Muñoz Conde

cción  
ates de Derecho Penal

Los orígenes ideológicos  
del Derecho penal  
del enemigo

Francisco Muñoz Conde

5.09  
1860

3862

LIBRERÍA  
LIBRIS



b

INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

02353

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

345.09  
M860

Los orígenes ideológicos del  
Derecho penal del enemigo



Vanguardia en  
**Ciencias Penales**

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Primera edición, abril de 2010

Donado por el Coordinador General  
Miguel Ontiveros Alonso  
Mayo 2010

© Francisco Muñoz Conde

Armando Téllez Reyes  
Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660  
Del. Azcapotzalco, México D.F.  
ubijus@gmail.com  
(0155) 55564511  
(0155) 53566888

ISBN: En trámite

Dirección de Arte y Diseño:  
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS  
Diseño de Portada:  
ERIKA LILIANA ALARCÓN MALDONADO

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

© Editorial Ubijus

2010

CLASIFICACION 395.09

CUTTER M4820

EJEMPLAR \_\_\_\_\_

No. DE ADQ. 13862

FECHA 7/oct/10  
DIRECTORIO EDITORIAL

DR. MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA  
PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO  
COORDINADOR GENERAL DEL INSTITUTO DE FORMACIÓN  
PROFESIONAL

LIC. CATALINA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ  
DIRECTORA EJECUTIVA DE PROFESIONALIZACIÓN,  
COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL, EXTENSIÓN  
ACADÉMICA E INVESTIGACIÓN

LIC. FRANCISCO ROMÁN PÉREZ SOLÍS  
DIRECTOR EJECUTIVO ACADÉMICO

MTRO. GERARDO FLORES ARNAUD  
DIRECTOR DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL,  
EXTENSIÓN ACADÉMICA E INVESTIGACIÓN

MTRO. LUIS AZAOLA CALDERÓN  
COORDINADOR DE PUBLICACIONES

LIC. ALEJANDRO ROJAS PRUNEDA  
ASISTENTE DEL CONSEJO PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO  
MODELO DE POLICÍA DE INVESTIGACIÓN

CLASIFICADOR  
CUTTER  
EJEMPLAR  
Nº DE ACQ  
FECHA

*A mi amigo Gerardo Landrove Díaz*

Editor Responsable:  
Dr. Miguel Ontiveros Alonso

Instituto de Formación Profesional  
4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación  
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.  
www.pgjdf.gob.mx  
ifp@pgjdf.gob.mx  
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal  
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,  
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

© UBIJUS Editorial

## Índice

Nota del autor .....	11
1. Albin Eser versus Günther Jakobs.....	13
2. La tesis de Jakobs .....	19
3. Algunos antecedentes del Derecho penal del enemigo.....	25
4. La tesis "amigo-enemigo" en Carl Schmitt.....	44
5. El Derecho penal del enemigo en el momento presente.....	47

11 .....  
13 .....  
19 .....  
25 .....  
44 .....  
72 .....

### Nota del Autor

El presente trabajo es la versión escrita de dos conferencias impartidas a lo largo del primer trimestre del 2010, en los Cursos de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, y en el Dottorato di Ricerca in Teoría del Diritto e Ordine Giuridico Europeo, de la Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Catanzaro. Agradezco sus observaciones a los asistentes a dichos Cursos y especialmente su invitación a los Directores responsables de los mismos, la Profesora. Dra. Ana Pérez Cepeda (Salamanca) y el Profesor Dr. Máximo La Torre (Catanzaro).



#### 1. ALBIN ESER VERSUS GÜNTHER JAKOBS

Desde que en octubre de 1999 en un Congreso celebrado en Berlín, el Profesor Günther Jakobs, entonces catedrático de Derecho penal en la Universidad de Bonn, anunciara al mundo, "urbi et orbi", la "mala nueva" de que en las sociedades democráticas había que admitir junto a un Derecho penal del ciudadano, un "Derecho penal del enemigo" ("Feindstrafrecht") en el que, para mantener la "seguridad cognitiva", había que limitar o excluir algunos de los principios característicos del Derecho penal de un Estado de Derecho<sup>1</sup>, mucho se ha escrito y mu-

<sup>1</sup> Véase Jakobs, La ciencia penal ante los retos del futuro, traducción de Teresa Manso, en Eser/Hassemer/Burkhardt, La Ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio, coordinación de Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p.59 ss.(Este trabajo se encuentra reco-

chos han sido los autores que tanto fuera como dentro de Alemania se han pronunciado sobre el tema<sup>2</sup>.

En general, la mayoría de ellos se han mostrado en contra de la tesis de Jakobs y han rechazado que en las actuales sociedades democráticas sea necesario ese "Derecho penal del enemigo", y, en todo caso, que él mismo sea compatible con el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

gido en su versión alemana original en el volumen colectivo que recoge las ponencias e intervenciones habidas en el Congreso de Berlín a principios de octubre de 1999, véase Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessinnung und Ausblick*, Munich 2000, p.53 ss.). La expresión alemana "Feindstrafrecht", fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas Alemanes de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico (véase Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, p.751 ss (hay traducción española de Enrique Peñaranda Ramos, recogida en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997).

<sup>2</sup> La bibliografía aparecida ya al respecto es casi inabarcable; una buena parte de la misma se puede encontrar en diversos libros colectivos, entre los que cabe mencionar, en España, *El Derecho penal del enemigo*, el discurso de la exclusión, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez, Madrid 2006; en Italia, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlandi, Bologna 2007; en Alemania, *Kritik des Feindstrafrechts*, editado por Thomas Vormbaum con la colaboración de Martin Asholt, Berlin 2009.

Pionero en esta crítica fue el entonces Director del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg in Breisgau, el también catedrático de Derecho penal, Albin Eser, quien en su discurso de clausura del citado Congreso de Berlín respondió a Jakobs que su tesis era muy similar a las del Estado de No Derecho Nacionalista, recordándole las consecuencias que él mismo tuvo para Alemania.

Decía Eser exactamente:

"Esta "frialdad" que se deduce de la concepción reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente constituido por Jakobs entre un "Derecho penal del ciudadano" respetuoso con el Estado de Derecho y un "Derecho penal del enemigo" emanado del poder estatal. Enemigos como "no personas, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quien es "ciudadano" y quien "enemigo". ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo? ¿El que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer siste-

mas jurídicos, por muy coherentes que pueden ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar –y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica–”<sup>3</sup>.

La respuesta de Eser, un tanto agria y extemporánea en un Discurso de clausura cuando ya Jakobs no tenía posibilidad de responder, produjo entre muchos asistentes a aquel Congreso un sentimiento contradictorio de incomodidad, por un lado, pero también de aprobación, por otro, al ver como uno de los principales representantes del Derecho penal alemán (nada menos que el Director del Max Planck Institut de Derecho penal) ponía el dedo en la llaga más lacerante del pasado reciente en Alemania; en el régimen nacionalsocialista y en la participación que en algunas de sus construcciones jurídicas más aberrantes tuvo uno de los penalistas más destacados en Alemania, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, Edmund Mezger, “en cuyo Tratado –dice Eser–, aprendí de buena fe Derecho penal a mediados de los años cincuenta, ignorando entonces su capacidad de adaptación dogmática”<sup>4</sup>.

Confieso que aquellas palabras de Albin Eser produjeron en mí un fuerte impacto, al oír por

<sup>3</sup> Eser, Consideración final, traducción de Carmen Gómez Rivero, en Eser/Hassemmer/Burkhardt cit., p.472.

<sup>4</sup> Eser, lug. u.cit..

primera en Alemania en un foro público algo que en aquel momento estaba intentando averiguar: Las vinculaciones que el famoso penalista Edmund Mezger había tenido con el régimen nazi, y las relaciones que podían tener algunos planteamientos teóricos recientes, como el que acababa de hacer Jakobs, con similares construcciones teóricas desplegadas anteriormente por algunos juristas para legitimar el régimen nazi y las aberraciones jurídicas que en el mismo se cometieron. También yo había estudiado en mis primeros años de formación como penalista el Tratado de Derecho penal de Mezger, y también de buena fe creía entonces que alguien de tan alto nivel dogmático sólo podía ser un jurista respetuoso con las reglas y principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho<sup>5</sup>. Por eso, igual que le ocurrió a Eser no pude por menos que mostrar mi extrañeza y también, por qué no decirlo, mi indignación, cuando poco tiempo después pude comprobar documentalmente, que Mezger no sólo, como decía Eser<sup>6</sup>, “tras haber puesto el principio de legalidad al más alto nivel, poco tiempo después lo degradó y luego lo volvió a poner en la cúspide, al hilo de los cambios políticos de la época”, sino que ade-

<sup>5</sup> Véase Francisco Muñoz Conde, Introducción a la reedición argentina del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger, Buenos Aires 2010.

<sup>6</sup> Eser, lug. cit.

más colaboró directamente en la elaboración de uno de los engendros jurídicos más repugnantes del régimen nacionalsocialista, en un Proyecto de Ley de tratamiento de los "Extraños de la Comunidad" ("Gemeinschaftsfremde"), para los que proponía su internamiento en campos de concentración por tiempo indefinido, su esterilización para evitar una herencia indeseable, la castración de los delincuentes sexuales, incluyendo entre ellos a los homosexuales, y además si la defensa de la sociedad así lo requiriera su condena a muerte; y todo ello sin más límites ni garantías que la simple decisión de la Policía del régimen nacionalsocialista<sup>7</sup>. Y para fundamentar sus propuestas y no entrar en contradicción con las construcciones dogmáticas de las que había hecho gala en su Tratado y en otros trabajos de tipo dogmático, proponía la existencia de dos (o más) Derecho penales: uno para el ciudadano normal, con todas las garantías y sutilezas de la Dogmática jurídicopenal tradicional; y otro distinto para los que llamaba "extraños o enemigos de la comunidad", para

<sup>7</sup> El texto de este Proyecto de Ley y los Informes que para el mismo escribió Mezger, pueden verse en Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4. ed. Valencia 2004, p.193 ss. (Hay una versión de esta edición al portugués de Paulo Busato, con el título de Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo, 2005, y otra al alemán de Moritz Vormbaum, con el título de Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben, Berlin 2007.

los que simplemente proponía su eliminación o exterminio, sin mayores exigencias ni controles jurídicos que la pura y simple voluntad de la Policía del régimen nazi<sup>8</sup>.

Por todo ello, me parece necesario también ahora que, como decía Eser en aquella ocasión, "en la medida en que el futuro deba configurarse con conciencia del pasado y en base a sus enseñanzas, se lleve a cabo una investigación básica sobre hasta qué punto las aberraciones nacionalsocialistas de nuestros antepasados estaban ya implícitas en sus teorías o sólo se explican por debilidad personal"<sup>9</sup>. Pero a ello añadiría la necesidad de investigar y analizar también hasta qué punto algunas construcciones jurídicas del presente, como la que propone Jakobs con su Derecho penal del enemigo, no suponen una vuelta al pasado y encierra el peligro de legitimar de algún modo un retorno al modelo del Estado autoritario que tan graves consecuencias tuvo no sólo para Alemania, sino para el mundo en general. De estas cuestiones me ocuparé en los epígrafes siguientes.

## 2. LA TESIS DE JAKOBS

Ciertamente, Jakobs no llega tan lejos como llegó Mezger en sus planeamientos y propuestas.

<sup>8</sup> Véase sus Informes para este Proyecto en Muñoz Conde, Edmund Mezger, lug., cit, e infra.

<sup>9</sup> Eser, lug. cit.

Simplemente, en la conferencia antes aludida y en otros trabajos posteriores<sup>10</sup> se limita a describir y asumir como una realidad inevitable, por más que, según el mismo, pueda resultar desagradable e incluso repugnante (“anstössig”), las características de lo que el define como un “Derecho penal del enemigo” y que son, en su opinión, las siguientes<sup>11</sup>:

1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”
2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc,
3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.

Todo ello se agrupa en una especie de Programa o Declaración de guerra contra un “ene-

<sup>10</sup> Véase, por ej., Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (traducido al español por Manuel Cancio Meliá y recogido en el libro conjunto Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003 (publicado también en Buenos Aires, 2005).

<sup>11</sup> Las afirmaciones que siguen están tomadas en forma resumida del artículo de Jakobs citado en la nota 1.

migo”, al que no define, sino sólo describe vagamente como miembros de organizaciones criminales, narcotraficantes, terroristas, delincuentes sexuales y multirreincidentes. A estos enemigos los declara “No personas” (“Unpersonen”) que se sitúan de un modo claro y permanente fuera del Ordenamiento jurídico y debe, por tanto, privárseles de los derechos que ese Ordenamiento sólo concede a las “personas”<sup>12</sup>.

La actitud de Jakobs frente a este “Derecho penal del enemigo” es, en principio, meramente descriptiva, pero tanto en su conferencia de Berlín, como en trabajos posteriores, considera que, por muy amarga y desagradable que sea su existencia, es una realidad y una necesidad innegable que demuestra también en las sociedades democráticas “la imposibilidad de una jurisdicción total”<sup>13</sup>, y el reconocimiento de que frente a determinados sujetos, los llamados “enemigos”, el Estado no puede proceder de otro modo más que con instrumentos contundentes más allá de lo admisible en el Estado de Derecho, aún a costa de no respetar algunos de sus derechos fundamentales.

<sup>12</sup> Cfr. Jakobs ob.cit en nota 1.

<sup>13</sup> Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, una analisi sulle condizioni della giuridicità, en *Delitto politico* cit. supra nota 2, (versión italiana realizada por Luigi Corracchia de un artículo que Jakobs ha publicado también en Alemania y otros países y del que hay también traducción española)

Con ello, no cabe duda, abre la puerta a un Derecho penal ilimitado, en el que son perfectamente admisibles la criminalización de la simple disidencia o de expresiones a favor de ideas extremistas, las penas "draconianas", incluida la pena de muerte, más allá de la idea de proporcionalidad, y la restricción de algunos derechos procesales del imputado o la utilización de medios de pruebas ilegales, como la tortura.

Parece obvio que al Profesor Jakobs no deban gustarle las consecuencias extremas de este Derecho penal del enemigo, pero es evidente también que llegado el caso, tiene que admitirlas como necesarias e inevitables, sin más recurso que lamentar que esto ocurra y desear que la piedad y compasión humanas reduzca o limite sus efectos a niveles humanamente soportables<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> A este respecto dice Jakobs, *Diritto penale del nemico?* cit. pp. 128/129: "Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en Derecho existe una prohibición absoluta de la tortura,

Por lo menos esto es lo que cabe deducir de sus planteamientos y la deducción que la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre ellos ha deducido, empezando por el pionero de estas críticas Albin Eser; por más que algunos hayan tratado de justificar la postura de Jakobs aduciendo que su actitud es meramente descriptiva. Pero de la lectura de sus textos no se puede, a mi juicio, deducir otra cosa que Jakobs legitima y defiende la necesidad del Derecho penal del enemigo, sin que le preocupen en ab-

que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer en Derecho siempre y frente a todos. Por diversas razones, entre otras por la prohibición universal absoluta de la tortura como medio de prueba y castigo, me he pronunciado expresamente en contra de esta posibilidad en varios trabajos, véase, por todos Francisco Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, 2008. Igualmente, me he ocupado en otros trabajos monográficos de las tesis de Jakobs, algunos de ellos recogidos en la segunda edición de mi "De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo", Buenos Aires 2008. Algunos de estos trabajos se encuentran recogidos también los libros colectivos mencionados en nota 3. En cuanto al ejemplo que pone Jakobs, como justificación de que en casos extremos se puede admitir la tortura, de la posibilidad de disparar y derribar un avión de pasajeros secuestrado por un grupo de terroristas para estrellarlo contra un objetivo militar o contra un edificio lleno de personas, sólo cabe decir que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania declaró inconstitucional el precepto de la Ley de Navegación aérea alemana que admitía esta posibilidad.

soluto los peligros que su tesis aparentemente descriptiva puede entrañar para la idea del Estado de Derecho<sup>15</sup>.

Podría decirse en favor de Jakobs que su planteamiento es puramente teórico y que como tal no se le pueden achacar las consecuencias negativas que el mismo pueda tener en el mundo de lo real; o, como se dice en el preámbulo de algunas obras de ficción, que "cualquier parecido de su tesis con la realidad es pura coincidencia". Pero la realidad en este caso viene a demostrar que cualquier tesis que favorezca o legitime un ejercicio ilimitado del poder punitivo del Estado, por más que sólo sea en casos muy concretos y extremos, termina por abrir la puerta al Estado autoritario y totalitario, que es la negación del Estado de Derecho. Y de ello tenemos ejemplos claros en la Historia reciente de Alemania con el nacionalsocialismo, en la de Italia con el fascismo, en la de España con la dictadura de Franco, en la de la antigua Unión Soviética y en otros países del este de Europa durante el régimen de las dictaduras comunistas, pero también actualmente en otros muchos

<sup>15</sup> Esta actitud de rechazo se puede ver en la mayoría de los artículos recogidos en los libros colectivos citados supra en nota 3. Sólo un grupo muy minoritario insiste en el carácter descriptivo de la tesis de Jakobs, sin decir abierta y claramente si su Derecho penal del enemigo es o no compatible con los principios del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

países, y especialmente en las atrocidades cometidas en los campos de detención creados por el Gobierno USA tras el atentado terrorista del 11 de septiembre del 2001, tras la invasión de Afganistán e Irak, en Abu Chraig y Guantánamo, por sólo citar los casos más conocidos de abusos y violaciones de derechos humanos cometidos por la Administración y el Ejército de aquel país al amparo de la legislación de emergencia (Acta Patriótica) creada a raíz de aquel atentado.

### 3. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Sería injusto, sin embargo, considerar que el Derecho penal del enemigo es una construcción o una invención jurídica creada por Jakobs. Como ya hemos dicho antes, en la misma Alemania, y no sólo durante el régimen nacionalsocialista, se pueden encontrar tesis y construcciones análogas o con el mismo significado político jurídico, aunque con distintos nombres y matices diversos.

En este sentido, comparto la opinión, ya mantenida por diversos historiadores fuera y dentro del ámbito jurídico, y en este último campo sobre todo por Thomas Vormbaum<sup>16</sup>, de que muchas de las construcciones jurídicas del

<sup>16</sup> Véase su Einführung in die juristische Zeitgeschichte, Berlin 2009, p.271 ss, y mi recensión a esta obra en Revista Penal, num. 24, 2009.

nacionalsocialismo no fueron más que la radicalización llevada hasta sus últimas consecuencias de planteamientos de diversa procedencia ideológica que estaban ya bastante elaborados e incluso venían practicándose en otros países antes que en la Alemania nazi.

Así, por ejemplo, precedentes de la selección racista llevada a cabo por los nazis se encuentran en las ideas evolucionistas del darwinismo social, en las teorías lombrosianas del "delincuente nato", en las propuestas eugenésicas de Galton, en las leyes de emigración norteamericanas de principios del siglo XX, en las esterilizaciones coactivas de enfermos mentales y de portadores de enfermedades hereditarias en los Países escandinavos y en algunos Estados de Estados Unidos de América, etc.

Pero es en la misma Ciencia penal alemana donde se puede trazar una "línea roja" que desde finales del siglo XIX conduce a planteamientos similares a los que actualmente mantiene Jakobs. En este sentido, se pueden mencionar los nombres de Franz von Liszt, Karl Binding y Edmund Mezger, que, si bien con diferentes matices y en épocas y regímenes políticos diferentes, propugnaron ideas que podían considerarse como antecedentes inmediatos del Derecho penal enemigo. Estos autores tienen además en común con Jakobs que también eran cultivadores de la Dogmática jurídica penal, es decir, de una concepción del Derecho penal fundamen-

mente teórico-sistemática, en la que partiendo del Derecho penal positivo se elabora una teoría general de la imputación, en la que de modo secuencial, paso a paso, peldaño a peldaño, se van distribuyendo sistemáticamente los elementos o categorías que fundamentan la responsabilidad penal: la tipicidad y la antijuricidad del hecho y la culpabilidad de su autor. En este sentido, no cabe duda de que la Dogmática penal alemana es la técnica sistematizadora del Derecho penal mejor elaborada entre las actualmente existentes. Su perduración durante más de un siglo a pesar de las distintas versiones existentes de la misma (causalista, finalista, funcionalista) y su recepción en otros muchos países demuestran la firmeza de sus bases metodológicas y la utilidad que tiene para una correcta interpretación del Derecho penal positivo de cualquier país<sup>17</sup>.

Pero a muchos de los más cualificados representantes de esta Dogmática penal, no se les escapó que la misma podía ser un obstáculo para enfrentarse a determinados problemas sociales y formas de criminalidad consideradas especialmente preocupantes y amenazantes de la estabilidad del Orden social, y que con ellos

<sup>17</sup> Sobre ello puede verse por ejemplo Francisco Muñoz Conde, *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2007, y el mismo, *La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino*, en *Homenaje al Profesor Santiago Mir*, 2010.

nacionalsocialismo no fueron más que la radicalización llevada hasta sus últimas consecuencias de planteamientos de diversa procedencia ideológica que estaban ya bastante elaborados e incluso venían practicándose en otros países antes que en la Alemania nazi.

Así, por ejemplo, precedentes de la selección racista llevada a cabo por los nazis se encuentran en las ideas evolucionistas del darwinismo social, en las teorías lombrosianas del “delincuente nato”, en las propuestas eugenésicas de Galton, en las leyes de emigración norteamericanas de principios del siglo XX, en las esterilizaciones coactivas de enfermos mentales y de portadores de enfermedades hereditarias en los Países escandinavos y en algunos Estados de Estados Unidos de América, etc.

Pero es en la misma Ciencia penal alemana donde se puede trazar una “línea roja” que desde finales del siglo XIX conduce a planteamientos similares a los que actualmente mantiene Jakobs. En este sentido, se pueden mencionar los nombres de Franz von Liszt, Karl Binding y Edmund Mezger, que, si bien con diferentes matices y en épocas y regímenes políticos diferentes, propugnaron ideas que podían considerarse como antecedentes inmediatos del Derecho penal enemigo. Estos autores tienen además en común con Jakobs que también eran cultivadores de la Dogmática jurídicopenal, es decir, de una concepción del Derecho penal fundamen-

mente teórico-sistemática, en la que partiendo del Derecho penal positivo se elabora una teoría general de la imputación, en la que de modo secuencial, paso a paso, peldaño a peldaño, se van distribuyendo sistemáticamente los elementos o categorías que fundamentan la responsabilidad penal: la tipicidad y la antijuricidad del hecho y la culpabilidad de su autor. En este sentido, no cabe duda de que la Dogmática penal alemana es la técnica sistematizadora del Derecho penal mejor elaborada entre las actualmente existentes. Su perduración durante más de un siglo a pesar de las distintas versiones existentes de la misma (causalista, finalista, funcionalista) y su recepción en otros muchos países demuestran la firmeza de sus bases metodológicas y la utilidad que tiene para una correcta interpretación del Derecho penal positivo de cualquier país<sup>17</sup>.

Pero a muchos de los más cualificados representantes de esta Dogmática penal, no se les escapó que la misma podía ser un obstáculo para enfrentarse a determinados problemas sociales y formas de criminalidad consideradas especialmente preocupantes y amenazantes de la estabilidad del Orden social, y que con ellos

<sup>17</sup> Sobre ello puede verse por ejemplo Francisco Muñoz Conde, *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2007, y el mismo, *La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación al derecho penal chino*, en *Homenaje al Profesor Santiago Mir*, 2010.

se planteaba un conflicto que sólo podía resolverse con el sacrificio de una en beneficio de la otra.

Uno de estos autores fue el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Berlín a finales del siglo XIX y principios del XX, el Profesor Franz von Liszt, quien, aunque de origen austriaco, hizo la mayor parte de su carrera académica en las Universidades alemanas de Giesen, Marburgo y Berlín. Para Von Liszt estaba claro, en un principio, que el Derecho penal debía ser "la infranqueable barrera de la Política criminal". Desde su punto de vista el Derecho penal tenía que ofrecer un valladar inexpugnable a cualquier planteamiento politicocriminal que quisiera acabar con la criminalidad a toda costa y a cualquier precio, prescindiendo de principios básicos, como por ej. el de legalidad de los delitos y las penas, al que calificaba como "Magna Charta del delincuente" y "bastión inexpugnable" para la Política criminal<sup>18</sup>.

Pero inmediatamente se da cuenta de que este planteamiento podía ser un obstáculo para combatir eficazmente un problema que tanto él como la mayoría de los penalistas y criminólogos

<sup>18</sup> Von Liszt, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 1893; Mitteilungen, Bd. IV, in: Strafrechtliche Vorträge a.a.O., Bd.2, 77.

de su época consideraban como una de las peores lacras sociales: la reincidencia en el delito.

A este respecto von Liszt decía que los reincidentes o habituales, a los que incluía en el grupo de los delincuentes que llamaba "incorregibles", eran:

"El eslabón, ciertamente más importante y peligroso, de esa cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor"<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Véase Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, publicado originariamente en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 3, y recogido luego en sus "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge" (1905, reimpresión de 1975), tomo I, p.163. Existe una traducción al español de Enrique Aimone Gibson, con Prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, con el título "La idea de fin en el Derecho penal", y otra de Carlos Pérez del Valle con Prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada 1990. Hay también una traducción al italiano de Alessandro Alberto Calvi, con el título de "La teoría dello scopo nel Diritto penale", Milan 1962. Sobre ello me remito a mis trabajos Das Erbe Franz von Liszts, en Festschrift für Winfried Hassemer, 2010; y Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, en Festschrift für das

Y en relación con este tipo de “enemigos del orden social”, entre los que incluía además de a los delincuentes habituales a los “mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido amplio, degenerados anímica y corporalmente”, von Liszt no parecía muy dispuesto a ser consecuente con la concepción garantista que pocos páginas antes de su monografía había propuesto como misión del Derecho penal frente a la Política criminal. En su opinión, las personas que por su forma de vida podían considerarse un peligro para el orden social, tenían que ser simplemente “inocuidadas”. Y acto seguido describía como debía llevarse a cabo esa “inocuidación” (“Unschädlichmachung”), del siguiente modo:

“La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en “servidumbre penal”, con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de su fuerza de su trabajo sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes y con la consiguiente pérdida de los derechos civiles y civiles, para mostrar el carácter deshonroso de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria en celda oscura y en estricto ayuno”<sup>20</sup>.

200. Jährige Bestehen der Willhelm-Universität Berlin, 2010.

<sup>20</sup> Franz von Liszt, *lug. u.cit.* p.180.

Y poco antes de que dijera esto ya había propuesto la misma idea en una carta personal a otro penalista, Dochow, con el que había fundado la todavía hoy más importante Revista alemana de Derecho penal, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. En esta carta decía lo siguiente:

“El trabajo forzado con disciplina militar, con el menor gasto posible, hasta que eso granujas se hundan. Indispensable la pena de azotes. La inocuidación debe llevarse a cabo a su costa y no a la nuestra. Alimentarlos, darles aire y movimiento conforme a principios racionales, es un abuso del dinero de los contribuyentes”<sup>21</sup>.

Naturalmente, con este programa von Liszt pensaba que podía prescindirse de la pena de muerte, no por razones de humanidad, sino de mera conveniencia o utilidad:

“Si no queremos decapitarlos, ni podemos deportarlos, no nos queda sino encerrarlos de por vida o por tiempo indeterminado”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Carta personal de von Liszt a Dochow, de 21. Noviembre de 1880, citada por Radbruch *Elegantiae Iuris Criminalis*, recogida en Gustav Radbruch *Biographische Schriften*, editada por Günter Spindel, Heidelberg 1988, p. 45)

<sup>22</sup> Von Liszt, *Der Zweckgedanke* cit., p. 169. Véase también V. Liszt *Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, en *Strafrechtliche Aufsätze* cit. tomo 2, p.182: “La de-

Como se desprende de la lectura de estos textos, para von Liszt, respecto a los que él llamaba "incurregibles", el Derecho penal no era ya "la infranqueable barrera de la Política criminal", sino el vehículo a través del cual se tenía que ejercer una política criminal de lucha y aniquilamiento o "inocuidación" de un determinado grupo de delincuentes o personas marginadas socialmente, a los que despectivamente llamaba "proletariado" y "enemigos principales del orden social". En el fondo, con su clasificación de los delincuentes en ocasionales, corregibles e incurregibles<sup>23</sup>, lo que von Liszt venía a proponer era la existencia de dos o más tipos de Derecho penal, correspondiente cada uno a dos clases de política criminal diferentes: una limitada por principios jurídicos respetuosos con los derechos individuales, y otra, sin ningún tipo de límites, de lucha y de exterminio de los que representaban un peligro para el orden social y eran clasificados como incurregibles (considerando como tales a más de la mitad de

---

cision última debe reservarse a los factores políticos competentes (...). Su mantenimiento será aprobado por quienes conceden más valor a las consideraciones políticas, que por quienes están afectados por consideraciones idealistas, que a menudo son patológicamente humanitarias"

<sup>23</sup> Von Liszt, *lug. u. cit.*, p.126.

la población carcelaria existente en esos momentos en Alemania<sup>24</sup>).

No es extraño, pues, que su propuesta fuera criticada y rechazada por incoherente por el otro gran penalista alemán de la época, el catedrático de Derecho penal de Leipzig, Karl Binding, quien mantenía una concepción distinta de la pena basada en la retribución de la culpabilidad, rechazando en consecuencia la pena de seguridad fundada en la pura peligrosidad que proponía von Liszt.

Pero tampoco la propuesta de Binding en relación con el tratamiento penal de los reincidentes se quedaba atrás respecto a la de von Liszt, en lo que a dureza y contundencia se refiere. Simplemente, aunque partiendo de presupuestos metodológicos diferentes, venía a decir lo mismo e incluso cosas aún más graves:

"La pena es otra cosa, algo más alto y más noble. Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la reincidencia criminal y utilizarla como forma de inocuidación de la "ralea criminal", agravándola incluso si hiciera falta, en caso de rein-

---

<sup>24</sup> Von Liszt *lug. u. cit.*, p.168/169: "Estas cifras (las de la Estadística prusiana) demuestran que por lo menos la mitad de todas esas personas que año tras año pueblan nuestras cárceles, son delincuentes habituales incurregibles".

cidencia, hasta la prisión perpetua o la pena de muerte"<sup>25</sup>.

Desde luego, la propuesta de Binding no dista mucho de la de von Liszt, sobre todo si se tiene en cuenta que ambos se refieren a la reincidencia sin más, sin especificar si se trata de delitos graves, y sin exigir por tanto ningún tipo de límite basado en la idea de culpabilidad o al menos de proporcionalidad. En el fondo, tenía, pues, razón von Liszt cuando respondía a Binding diciéndolo<sup>26</sup> que no importaba tanto el

<sup>25</sup> Binding en el Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906

<sup>26</sup> Von Liszt *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in: *Strafrechtliche Vorträge* cit. p. 368: "En esto no hay que darle importancia al nombre que se le da a la criatura. Esta es precisamente la parte amable en el procedimiento de nuestros contrincantes, que se quedan contentos, cuando se mantienen los viejos nombres venerables. En el "castigo" de los delincuentes habituales no puede sobrepasarse "el equilibrio entre culpabilidad y expiación; pero contra unas "medidas de seguridad" perpetuas o de larga duración, aplicadas tras el cumplimiento de la pena, nada tienen que objetar nuestros contrincantes. La Justicia "retributiva" no permite, dicen, dos años de prisión a vagabundos incorregibles, pero sí estarían de acuerdo con nosotros en aplicarles el mucho más grave internamiento en una casa de trabajo por cinco años. Llamémosle, pues, medida de seguridad o casa de trabajo; tomemos lo que podemos aceptar". Téngase en cuenta que Binding ("Die Normen und ihre Übertretung", tomo II, volumen primero, 2. ed., Leipzig 1914, p.464) no rechazaba la aplicación de medidas de naturaleza puramente policial contra los no culpables, pero peligrosos; lo único

nombre que quisiera dársele a la "criatura", pena o medida, porque de hecho tanto una como otra en el caso de los reincidentes tenían la misma finalidad, es decir, la inocuización de los que Binding, aún más duramente que von Liszt, llamaba "ralea criminal".

Desde este punto de vista, la famosa "Lucha de Escuelas" ("Schulstreit") que dividió a los penalistas alemanes de finales del siglo XIX entre los que propugnaban una pena orientada a la prevención (la llamada Escuela moderna encabezada por von Liszt) y los que propugnaban la pena como retribución (la llamada Escuela clásica, encabezada sobre todo por Binding)<sup>27</sup>, no fue tal en lo que se refiere al tratamiento que había que darles a los reincidentes, en lo que los dos más destacados representantes de ambas propugnaban lo mismo y con el mismo énfasis, la inocuización, bien con la prisión perpetua bien incluso con la pena de muerte, de los reincidentes<sup>28</sup>.

que rechazaba es que se las denominara con el "venerable nombre de pena"; lo que de algún modo justifica la respuesta de von Liszt.

<sup>27</sup> Sobre este doble y aparentemente contradictorio modo de entender el sentido de la pena, véase recientemente Winfried Hassemer, *Warum Strafe sein muss?*, 2. ed., 2009, p.50 ss.

<sup>28</sup> Tiene razón, pues, Naucke, "Schulstreik"?, en *Festschrift für Hassemer* cit., p.559 ss., cuando cuestiona que realmente pueda hablarse de una "Lucha de Escuelas", ya que ambas en muchas cuestiones mantenían

Se podía preguntar hasta que punto la actitud de Binding respecto a este problema era coherente con su concepción de la pena como retribución de la culpabilidad, porque incluso aunque se entienda que la reincidencia es simplemente producto de una mayor culpabilidad, lo que ciertamente es más que discutible, no parece justificado que en delitos de escasa gravedad, como pueda ser por ejemplo, un hurto, la reincidencia pueda motivar nada menos que la aplicación de la prisión a perpetuidad o la pena de muerte. Pero todavía más sorprendente es la postura de Binding si se la analiza desde el punto de vista exclusivamente retributivo con que el que enfocó su magna obra "Die Normen und ihre Übertretung", en la que se contienen pasajes claramente contrarios a fundamentar una reacción punitiva en la simple peligrosidad del delincuente<sup>29</sup>. Y aún menos coherente con

criterios parecidos.. También Thomas Vormbaum; Einführung cit., p.137 ss. relativiza el contraste entre ambas Escuelas.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, lo que dice en el tomo II, volumen primero, p.462-464 de su obra capital, "Die Normen und ihre Übertretung" a.cit., en donde defiende con toda energía que el enfermo mental no puede considerarse responsable penalmente por faltarle la culpabilidad, considerando que la tesis que considera que el fundamento de la sanción penal es la peligrosidad, al modo que lo hacen Ferri y von Liszt, desconoce la diferencia fundamental que existe entre los seres imputables y por tanto culpables de lo que hacen, y los que no lo son, advirtiendo que la equiparación de ambos

este planteamiento mayestático de la pena como retribución es la propuesta que hizo años más tarde, ya en el último año de su vida, en una famosa monografía que escribió en colaboración con el psiquiatra Hoche, en la que se proponía llana y simplemente el exterminio de los "seres desprovistos de valor vital", en donde hacía gala de un utilitarismo pragmático desprovisto del menor sentimiento compasivo y humanitario respecto a las personas que consideraba carentes de valor vital (aquejadas de enfermedades mentales incurables o en estados inconsciencia permanente)<sup>30</sup>.

bajo la etiqueta de la peligrosidad desprecia derechos fundamentales de la personalidad. Sin embargo, como ya se ha dicho en la nota 25, Binding no tenía inconveniente en admitir la aplicación a los no culpables, pero peligrosos, de medidas de carácter policial.

<sup>30</sup> Véase Karl Binding/Alfred Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihr Mass und Ihre Form, 1920. Hay una reimpresión del año 2006, con una interesante e ilustrativa introducción de Wolfgang Naucke. También hay traducciones a otros idiomas, entre ellas destaco la realizada por Bautista Serigós, La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, Buenos Aires 2009, con un interesante Prólogo de Raúl Zaffaroni. Tanto Naucke como Zaffaroni advierten de la incoherencia que supone esta propuesta eutanásica en relación a su concepción retributiva de la pena, aunque ambos están de acuerdo en que una interpretación sui generis de su concepción de las Normas podía llevar a Binding a inventarse normas que permitieran lo que, a mi juicio, en su caso, no era más que una concepción puramente pragmática y utilitarista del ser humano, que se supedita a intereses

b) Y si estos programas de inocuización o incluso de exterminio físico de los "incurables", lo mantenían ya ilustres penalistas en un momento de máximo esplendor económico, científico y tecnológico de la poderosa Alemania de finales del siglo XIX, ya nos podemos imaginar los vientos que corrían en esa misma Nación, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914/18), y las humillantes condiciones que le impusieron las Potencias vencedoras en el Tratado de Versalles, que provocaron una crisis económica y social de grandes dimensiones, con más de siete millones de desempleados.

En estas circunstancias fue un discípulo directo de von Liszt, el penalista y filósofo del Derecho, Gustav Radbruch, quien desde su puesto de Ministro de Justicia en un Gobierno socialista (1922) durante la República de Weimar, elaboró un Proyecto de Código penal, en el que entre otras novedades introdujo la llamada "Custodia de Seguridad" ("Sicherungsverwahrung"), una medida de seguridad, que permitía una prolongación por tiempo indefinido de la pena privativa de libertad para los delincuentes "habituales y profesionales", una vez que estos hubieran cumplido la pena de prisión de prisión que se le

estatales e incluso económicos (véase mi comentario al Prólogo de Zaffaroni a este y a otro libro de Mezger/Grispigni sobre el derecho penal nacionalsocialista, Muñoz Conde, El penalismo olvidado, en Revista penal, num.26 2010).

hubiera impuesto<sup>31</sup>. Es ciertamente contradictorio, que un ilustre penalista y demócrata como Radbruch, quien a toda costa propugnaba también en su Proyecto el principio de culpabilidad como fundamento de la pena, asumiera una idea de control adicional e indefinido de la pena de prisión por la vía de una medida de seguridad; pero, como dice Eberhard Schmidt en su Introducción a la publicación de ese Proyecto, "frente a este problema central de la Política criminal y de la Dogmática jurídico penal el Ministro de Justicia Radbruch no podía sentirse tan libre como el intelectual Gustav Radbruch"<sup>32</sup>. Y es que, efectivamente, en aquella época en pleno desastre económico y social, como consecuencia de la derrota en la Primera Guerra Mundial y de las sanciones económicas impuestas a Alemania en el Tratado de Versalles, con un desempleo de siete millones y un aumento de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana hasta entonces desconocido en Alemania, era evidente que en esta situación el Ministro de Justicia o dimitía si quería ser coherente hasta sus últimas consecuencias con sus ideas de la pena como sanción

<sup>31</sup> Véase la Exposición de Motivos de su Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922) (publicado posteriormente con un prólogo de Thomas Dehler, y una Introducción de Eberhard Schmidt, 1954), p.57, y el art.45 de dicho Proyecto.

<sup>32</sup> Schmidt, en Introducción al Proyecto de Radbruch a.cit., p.XII

proporcionada a la gravedad del delito y adecuada a la culpabilidad del autor, o se mantenía en su puesto, procurando un difícil equilibrio entre sus principios dogmáticos y una Política criminal contundente contra los delincuentes habituales y profesionales que en aquel momento le exigía el Gobierno al que pertenecía.

Este Proyecto de Radbruch, como otros que le sucedieron todavía en la República de Weimar hasta 1933, no llegó a convertirse en Ley, pero a poco de llegar los nacionalsocialistas al poder a principios de 1933, rápidamente asumieron en su Programa político criminal las propuestas más reaccionarias que habían hecho anteriormente von Liszt y Radbruch, desde postulados ideológicos diferentes. Y ya desde el primer momento aprobaron una Ley sobre la delincuencia habitual, en la que por primera vez se convertía en derecho vigente el internamiento en custodia de seguridad por tiempo indeterminado de los delincuentes habituales, incluso en delitos menos graves, abriendo paralelamente los Campos de Concentración, en los que no sólo se internaban a los disidentes y opositores al régimen nacionalsocialista, sino a los delincuentes habituales, o simplemente marginados sociales, como prostitutas, mendigos, alcohólicos, drogodependientes, etc, detenidos en las razzias policiales que se llevaron a cabo en las grandes aglomeraciones urbanas ya desde los primeros momentos del régimen na-

cionalsocialista<sup>33</sup>. Al mismo tiempo se creó una Ley para la prevención de enfermedades hereditarias, que imponía la esterilización obligatoria a los portadores de las mismas, y empezaron las medidas de depuración racial, con objeto de eliminar de la función pública a los judíos, que culminaron en las Leyes de Nuremberg, que además de la exclusión de la ciudadanía y la privación de otros derechos a los alemanes de origen judío, creó el delito de "ultraje a la raza" ("Rassenschande") para castigar las relaciones sexuales entre judíos y personas de raza aria<sup>34</sup>.

La culminación de todo esto fue ya casi al final del régimen nacionalsocialista y en plena Segunda Guerra Mundial la elaboración de un Proyecto de Ley para el tratamiento de los "Extraños a la Comunidad" (Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde"), en cuya elaboración intervinieron de

<sup>33</sup> Sobre la aplicación de esta Ley durante el régimen nacionalsocialista informa Hellmer, *Das Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1933.1945.*, Kiel 1961.

<sup>34</sup> Sobre estas Leyes y programas de depuración higiénico social y racial hay abundante bibliografía, de aquella época, alabándolos y comentándolos positivamente. Posteriormente, tras la caída del régimen nacionalsocialista, fueron derogadas y en general han sido objeto de rechazo por la mayoría de los autores que se han ocupado de ellos; para una exposición resumida de las mismas, véase Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo cit. p. 170 ss., 272 ss.

forma destacada el penalista Edmund Mezger, y el criminólogo Franz Exner, ambos catedráticos en la Universidad de Munich. Bajo el concepto de "extraños a la comunidad" se incluían personas tan diferentes como vagos, mendigos, delincuentes con inclinación a cometer delitos patrimoniales de escasa gravedad, asociales, penderos, delincuentes con tendencia a cometer delitos graves, pero también delincuentes sexuales, incluyendo entre ellos a los homosexuales. Para estos últimos se proponía la castración; para los delincuentes por tendencia a delitos graves la pena de muerte, "si así lo requería la defensa de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expiación justa, y, en general, para todos la reclusión por tiempo indeterminado en campos de trabajo, y la esterilización "cuando pueda esperarse una herencia indeseable para la comunidad del pueblo"<sup>35</sup>.

Todo ello fue fundamentado en uno de los Informes que hizo Mezger para este Proyecto del siguiente modo:

"En el futuro habrá dos (o más) "Derechos penales":

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes

<sup>35</sup> Véase texto de esta ley en Muñoz Conde, Edmund Mezger cit. p.193 ss.

los principios que han regido hasta ahora), y

- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión.....Una vez que se realice la inclusión, el "Derecho especial" (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas..... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un "nuevo comienzo")<sup>36</sup>.

Como se puede ver en este texto, la separación entre dos Derechos penales, uno en el que, en esencia siguen vigentes los principios que han regido hasta ahora, y otro (completamente diferente) "para grupos especiales de determinadas personas", no es ninguna invención de Jakobs, sino algo que ya tenía muy claro el Prof. Edmund Mezger cuando trataba de fundamentar un Proyecto de Ley en el que simplemente a esos grupos especiales de personas, que él llamaba "extraños o enemigos de la comuni-

<sup>36</sup> Véase texto de este Informe en Muñoz Conde, Edmund Mezger cit., p.236.

dad”, se les recluía por tiempo indeterminado en campos de concentración, se les esterilizaba, se les castraba o directamente, se les mataba, entregándolos a la Policía, sin ningún tipo de garantías jurídicas, procedimiento, o control judicial.

#### 4. LA TESIS “AMIGO-ENEMIGO” EN CARL SCHMITT

Una especial consideración merece en este sentido la propuesta de Carl Schmitt, aunque no esté relacionada directamente con el Derecho penal. Paralelamente a la construcción de ese Derecho penal especial destinado a la inoquización (“Unschädlichmachung”, en expresión de von Liszt), o al exterminio o liquidación (“Ausmerzung”, en expresión de Mezger”) de los que por diversas razones se consideraban “enemigos de la sociedad”, en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Estado, el politólogo Carl Schmitt, proponía ya en los años veinte del pasado siglo, una distinción en la que el Derecho tenía que distinguir entre el “amigo” (Freund) y el “enemigo”, dándoles a cada uno un tratamiento jurídico diferenciado<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, sus obras *Politische Theologie*, 1922, *Die Lehre der Verfassung*, 1927, etc.. La bibliografía en torno al pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt es muy abundante, para una visión global de su pensamiento me remito a Francisco Sosa Wag-

El primer paso en esa construcción de dos derechos diferentes, era la exclusión jurídica de los “enemigos”, es decir, de los que no pertenecían, según la terminología empleada después por Mezger, a la “comunidad del pueblo” (“Volksgemeinschaft”), incluyendo también en este grupo a los pertenecientes a los grupos que los nacionalsocialistas llamaban “razas inferiores o subhumanos” (“Untermenschen”). Esta idea la llevó a cabo Schmitt principalmente en relación con los judíos. Así, por ejemplo, ya en plena época nazi organizó y dirigió un Congreso para eliminar la influencia judía del pensamiento jurídico alemán, y en su Discurso de clausura de aquel Congreso, además de calificar a los juristas judíos de “parásitos culturales”, que se habían introducido en la Ciencia jurídica alemana aprovechándose de sus logros en su propio beneficio, propuso entre otras cosas, que fueran excluidos de la comunidad académica, y que sus obras no fueran citadas en la bibliografía, pero que si alguna vez hubiera que hacerlo se pusiera tras el nombre del autor entre paréntesis la J de judío, para advertir de quien era la idea o cita que se hacía<sup>38</sup>.

ner, *Maestros alemanes del Derecho público II*, 2004, p.215 ss.

<sup>38</sup> Véase el texto de este Discurso, “La Ciencia del Derecho alemana en su lucha contra el pensamiento judío”, (artículo publicado en la *Deutsche Juristen Zeitung*, 20, 1936, p.1193 a 1199), en Yves-Charles Zarka, *Un*

Y esto se decía en un momento en el que ya por aplicación de la Ley de depuración racial de la función pública, desde 1933 muchos funcionarios, empleados públicos y profesores universitarios habían sido expulsados de sus puestos, y se preparaban las tristemente famosas Leyes de Nuremberg de 1935 en las que no sólo se excluía a los judíos de la ciudadanía alemana y de los derechos civiles, sino también se castigaba como delito de "ultraje a la raza" la relación sexual de una persona judía con otra de raza aria.

Pero no era suficiente con eso. El siguiente paso en la construcción de un Derecho especial contra los enemigos fue su "eliminación física", a través primero de su internamiento en Campos de concentración, en régimen de trabajos forzados ("Arbeit macht frei", era el cínico slogan que se ponía en el frontispicio de los mismos), y posteriormente en los Campos de Exterminio como Auschwitz o Birkenau, en los que directamente se procedía a su exterminio mediante gaseamiento y posterior cremación de los cadáveres de los internos más débiles, enfermos, niños y ancianos, no aptos para su aprovechamiento como fuerza de trabajo<sup>39</sup>.

detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, 2007, p.95 ss.

<sup>39</sup> Sobre el paso de la exclusión jurídica a la eliminación física del enemigo y el Campo de Concentración como expresión del poder absoluto, véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*,

## 5. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL MOMENTO PRESENTE

Con estos antecedentes y sobre todo a la vista de las trágicas consecuencias que tales planteamientos ideológicos y construcciones jurídicas tuvieron en el exterminio de millones de seres humanos antes y durante la Segunda Guerra Mundial en Alemania y en los países del Este de Europa dominados por las tropas alemanas, no es extraño que cualquier planteamiento o tesis jurídica que, aún de lejos, recuerde o incluso se parezca a ellos, hasta en el nombre, ciertamente gráfico, pero poco afortunado de "Derecho penal del enemigo", produzca entre los autores que luego se han ocupado del tema la reacción de alarma y disgusto que produjo en Albin Eser en la Clausura del Congreso de Berlín de 1999, donde Jakobs presentó por primera vez su hoy ya archiconocida tesis.

Desde luego, cualesquiera que sean las relaciones y las similitudes más o menos estrechas que existan entre la tesis de Jakobs y las construcciones teóricas que se han señalado en los epígrafes anteriores, no cabe duda de que éstas gravitan como una pesada loza; sobre todo si se tiene en cuenta que el moderno Estado de Derecho y las Declaraciones internacionales en pro del reconocimiento de los Derechos humanos a

traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia 2003, p.147 ss.

nivel internacional, surgen precisamente como reacción frente a los actos de barbarie que, directa o indirectamente legitimados por tales construcciones teóricas, se cometieron bajo el dominio de los Estados totalitarios, y no sólo en Alemania durante el régimen nazi, sino en otros muchos países de Europa y del mundo.

Ciertamente, Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de su teoría, opiniones, más o menos sacadas de contexto, de ilustres filósofos como Kant, Fichte o Hobbes<sup>40</sup>. Igualmente a lo largo de la Historia de la Filosofía podrían encontrarse otras muchas de otros autores no menos importantes que también se pronunciaron a favor de la pena de muerte, de la guerra, de la inferioridad de la mujer frente al hombre, de la esclavitud, de la consideración como animales de los indios o los negros, etc, etc. Más cercana a su tesis podría considerarse la idea maquiavélica de que el fin (en este caso, la seguridad cognitiva) justifica los medios (en este caso, el empleo del Derecho penal del enemigo). Estas opiniones, por más que sus autores puedan considerarse grandes pensadores y filósofos, no pueden sacarse de un determinado contexto, e incluso en el contexto en el que se dieron pudieron también ser discutibles; pero en todo caso

<sup>40</sup> Véase por ejemplo las referencias que hace a estos autores en Jakobs, en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, p. 26 ss.

son opiniones anteriores a la construcción del Estado de Derecho y al reconocimiento universal de los Derechos humanos y emitidas en contextos culturales, sociales y económicos completamente diferentes a los actuales.

De lo que de ahora se trata es de saber si determinadas teorías emitidas en la actualidad cuestionan de algún modo, son o no son compatibles con los principios que informan el Derecho penal del Estado de Derecho y los Derechos humanos reconocidos en las Convenciones internacionales y en las Constituciones de los Estados democráticos; y en este caso la primera pregunta que se viene a la mente es si el Derecho penal del enemigo, tal como lo describe Jakobs, es compatible con ese modelo de organización de la convivencia humana.

Evidentemente, cuando son las Dictaduras de uno u otro signo ideológico, las que utilizan el Derecho penal para criminalizar a la oposición, para abolir y restringir derechos fundamentales y para torturar y asesinar a sus adversarios políticos<sup>41</sup>, nadie pone duda que ese Derecho penal

<sup>41</sup> De un Derecho penal de ese tipo durante la dictadura del General Franco en España, me ocupado en mi artículo *Delito político y Derecho penal del enemigo*, recogido en la segunda edición de mi monografía *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo* a.c. it, p.109 ss (hay una versión al italiano publicada en *Delitto politico e diritto penale del nemico* cit. en nota 2; y otra en alemán publicada en *Kritik des Feindstrafrechts* cit. en nota.).

("del enemigo") es ilegítimo desde el punto de vista del Estado de Derecho y los Derechos humanos.

Pero ¿entonces por qué se debería valorar y juzgar de otra manera el empleo de ese tipo de Derecho penal cuando es utilizado por un Estado que teóricamente al menos se configura como un Estado de derecho que pone en el frontispicio de sus textos jurídicos fundamentales el respeto a los derechos humanos? ¿Puede el Estado de Derecho defender sus instituciones fundamentales utilizando un Derecho penal que no respeta los principios y bases del propio Estado de Derecho?

La gran novedad del planteamiento de Jakobs es que admite e incluso legitima la necesidad de un Derecho penal del enemigo también en las sociedades democráticas configuradas conforme al modelo del Estado de Derecho. Toda sociedad tiene, según Jakobs, derecho a mantener su identidad y un mínimo de seguridad que él llama "seguridad cognitiva", y para ello, dice, es inevitable que se utilice otra clase de Derecho penal, en casos de grave peligro para esa identidad y seguridad proveniente de sujetos que "en su comportamiento, en su ocupación profesional o principalmente a través de una organización.... De una forma presuntamente duradera han abandonado el derecho, no garantizando,

por tanto, el mínimo de seguridad cognitiva a través de su comportamiento"<sup>42</sup>.

No cabe duda de que con esta definición de los que él llama enemigos, y con los delitos que menciona como comportamientos que expresan esa enemistad (delitos sexuales, delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, además de la habitualidad y la reincidencia), Jakobs se refiere a un amplio espectro de delitos y delincuentes que prácticamente abarca innumerables formas de criminalidad, y no siempre necesariamente las más graves.

El peligro que encierra la vaguedad de este concepto es que en él se puede incluir todo el que en un momento determinado cuestione los patrones de seguridad fijados por los que detentan el poder (cuya legitimidad, democrática o no, por cierto Jakobs ni se plantea), y que, en definitiva, casi todo el Derecho penal puede considerarse como un Derecho penal del enemigo.

Pero independientemente de la indefinición del concepto, más bélico que jurídico, de "enemigo" que emplea Jakobs, pasemos ahora al otro problema que plantea la tesis de Jakobs y que a él parece no preocuparle: ¿Cuáles son los límites jurídicos del Derecho penal del enemigo y en base a qué parámetros de determinan esos límites?

<sup>42</sup> Jakobs, como en nota 1, p.59

Hay, sin duda, muchas formas de reacción a la criminalidad más grave que están en los límites de lo admisible en un Estado de Derecho. Sucede esto en legislaciones relacionadas con la lucha contra el terrorismo, criminalidad organizada, narcotráfico. En esta materia frecuentemente los Tribunales de Justicia al más alto nivel, nacional e internacional, tienen que enfrentarse con casos en los que se han aplicado leyes y procedimientos difícilmente compatibles con los principios del Estado de Derecho y con el respeto a los derechos humanos, como, por ejemplo, leyes y sentencias en bases a leyes que criminalizan la mera disidencia o el ejercicio de la libertad de expresión, que admiten como pruebas datos obtenidos por procedimientos ilegales, como escuchas telefónicas sin los requisitos exigidos para el respeto a la intimidad, por tortura y malos tratos, etc.<sup>43</sup>.

La tarea fundamental de estos Tribunales (y naturalmente de la doctrina que se ocupa de interpretar las leyes) es comprobar si algunas disposiciones legales o sentencias de los tribunales inferiores basadas en las mismas son o no com-

<sup>43</sup> En mi *De nuevo sobre el Derecho penal de enemigo* cit., p.51 y ss., cito algunos de estos casos que han motivado decisiones jurisprudenciales importantes en España, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, especialmente es este país en relación con la situación jurídica de los presos de Guantánamo. Véase también mi monografía *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, 2008.

patibles con los principios del Estado de Derecho, o en su aplicación se han infringido algún derecho fundamental. Y afortunadamente, la Jurisprudencia creada por los Altos Tribunales de Justicia en muchos países configurados como Estados democráticos de Derecho, está llena de decisiones en las que se han anulado Leyes, actos de la Administración o sentencias de tribunales inferiores, en las que no han respetado estos principios o derechos fundamentales. La casuística va desde los casos en los que se anulan pruebas obtenidas mediante torturas o sin cumplir los requisitos establecidos legalmente, hasta la declaración de leyes que limitan la libertad de expresión o el derecho del detenido al habeas corpus, a la asistencia de un abogado, a no declarar contra sí mismo, a ser informado de los cargos de que se le acusan, al Juez natural, etc, etc<sup>44</sup>.

Por tanto, desde este punto de vista, se puede decir que en el estado actual de la Jurisprudencia de los más altos Tribunales de Justicia de los países democráticos, si bien con algunas decisiones controvertidas, un Derecho penal que infrinja o no respete las bases del Estado de derecho e infrinja derechos fundamentales, es un Derecho penal ilegítimo que debe

<sup>44</sup> Véase las referencias a algunas de estas decisiones jurisprudenciales en Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo* cit. y *De las prohibiciones probatorias* cit. en nota anterior.

ser rechazado expresamente y sin ningún tipo de vacilación o confusión. Y en este caso la labor del teórico o del intérprete del Derecho no puede limitarse simplemente a su constatación o a una mera descripción de su existencia, sino que debe comprometerse en su valoración, una valoración que no es simplemente política, sino también y sobre todo jurídica. En este caso el jurista que denuncia este Derecho penal ilegítimo no es un mero "Rechtspolitiker" ("Político del Derecho"), como me atribuía Jakobs en una discusión que tuve con él en un evento público, sino un "Rechtswissenschaftler" ("Científico del Derecho"), que era el papel que se atribuía él en esa discusión. Y ese papel de científico del Derecho es el que le obliga con toda legitimidad jurídica e intelectual a denunciar la incompatibilidad con el Estado de Derecho de lo que Jakobs, dejándose llevar por una "realismo político" puramente pragmático, basado en paradigmas de eficacia, llama "Derecho penal del enemigo".

Pero incluso admitiendo el carácter puramente belicista de ese Derecho penal del enemigo, como una especie de Derecho penal de la guerra o en guerra, en el que vale todo con tal de ganarla, hay que señalar que también aquí rigen (o deberían regir) una serie de principios que van desde la exigencia de que la guerra sea justa y no de agresión, hasta la necesidad de que se respete a la población civil y que los soldados prisioneros del ejercito enemigo sean tratados

como personas, respetando los derechos consagrados en los Convenios de Ginebra de 1949, que constituyen la esencia del llamado Derecho humanitario. Precisamente por no respetar estos derechos, la Jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema americana, ha considerado que el trato dispensado a los detenidos en la Base norteamericana de Guantánamo en Cuba, viola derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución americana, como en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por los Estados Unidos de América<sup>45</sup>

En esta materia existen sin duda límites borrosos entre el Derecho penal todavía compatible con el Estado de Derecho y el Derecho que ya no lo es o que puede dejar de serlo, y la delimitación entre uno y otro es la tarea que corresponde ejercer en primer lugar al jurista teórico en sus elucubraciones, publicaciones y en su participación en actos públicos como clases en las Aulas universitarias, conferencias, Congresos etc; pero también al jurista práctico, principalmente en su actuación como Juez o representante de las partes en un Tribunal de Justicia. Ciertamente que esta tarea puede ser en muchos casos difícil y puede exponerle a correr riesgos no puramente intelectuales, pero eso es

<sup>45</sup> Véase las referencias a esta jurisprudencia en Muñoz Conde, De las prohibiciones probatorias u. cit., también Muñoz Conde, La situación jurídica de los presos de Guantánamo, en Teoría&Derecho, 2008.

algo que cada uno debe asumir de acuerdo con sus propias convicciones y circunstancias. La "lucha por el Estado de Derecho" y por el reconocimiento de los derechos humanos no ha sido ni será nunca una tarea cómoda, ni fácil en ningún país del mundo ni momento histórico; pero hay que reconocer que hay épocas y países en los que esa lucha es más difícil y peligrosa. Y desde luego es evidente que en estos momentos y en muchos países, incluso en los que más orgullosamente se atribuyen las características del Estado de Derecho, esta tarea puede ser realmente difícil e ir contra corriente o contra lo que los nazis llamaban "el sano sentimiento del pueblo" que no es más que una forma de generar un "populismo punitivo" absolutamente demagógico y cercano a un proceso de fascitización social.

Pero si algún mérito tiene el planteamiento de Jakobs es habernos recordado que el Derecho penal del enemigo, tal como él lo describe y asume, no es privativo de una determinada ideología o sistema político, sino una amarga realidad. En mi opinión, esta tendencia cada vez más evidente hacía un Derecho penal "sui generis" fuera de los parámetros del Estado de Derecho es un peligro que se cierne amenazante sobre todos los ciudadanos en un mundo, en el que los límites entre el Derecho penal del Estado de Derecho y el Derecho penal del enemigo son cada vez más difusos, y en el que la más

refinada Dogmática jurídica puede ir paralela e incluso servir de legitimación a la barbarie revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho.



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca