



Réplica del Derecho Penal del Enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho (*) (**)

Prof. Dr. Karl Heinz Gössel

*Profesor emérito. Universidad de Erlangen
Ex-Juez del Tribunal Supremo de Baviera*

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: El autor se opone a la introducción de un nuevo concepto en el sistema criminal de justicia: un Derecho Penal contra el enemigo, concepto recientemente desarrollado por Jakobs. Según expone Jakobs, la sociedad es comunicación personal regida por normas, y es ésta (sus líderes) la que decide quiénes serán miembros de la sociedad y quiénes quedarán excluidos de la misma. Por otro lado, diferencia entre «individuos» y «personas», siendo estas últimas quienes adquieren el estatuto de persona, esto es, aquellos sujetos que ofrecen una garantía cognitiva de respeto al conjunto de normas de una sociedad. De este modo, la persona está definida por el rol que desempeña en la sociedad, como una construcción objetiva de la misma. Ante cualquier sujeto que no ofrece dicha garantía, el Derecho Penal cambia la reacción normal que tiene frente a los miembros de la sociedad, por una reacción contra el enemigo, como si fueran animales salvajes. En definitiva, se trataría de eliminar al enemigo o de aceptarlo como tal, criterio que estaría a discreción de la sociedad. El autor entiende que todo ser humano posee unos derechos fundamentales innatos de los que no puede ser despojado, sosteniendo, por tanto, que el concepto ofrecido por Jakobs es inhumano, al considerar a ciertas personas como animales salvajes sujetos al arbitrio de la sociedad de exterminarlos.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal. Derecho penal del enemigo. Derechos fundamentales.

SUMMARY: The author opposes to the introduction of a new penal law concept into the criminal justice system: **A penal law against so-called «enemies»**, a concept just recently developed by *Jakobs*. As *Jakobs* expounds, society is personal communication led by norms, and society (their leaders) decides who may be or become its member or be excluded from it. *Jakobs* carefully avoids regarding the members of society as human beings and differentiates between «individuals» and «persons under the law» (persons) instead. Only those may acquire the status of a person, who are oriented towards the norms of society and allow others to be geared towards those norms: A person must offer a cognitive guarantee to act as person and to observe the norms of society. Thus a person is defined by fulfilling its role assigned to her by society: it's an «objective construction» by society. To anyone not offering a cognitive guarantee of the said kind, penal law changes from a reaction of society against an act of one of its members to a reaction against an enemy, like to protect society against wild animals: It's a matter of discretion to either exterminate the enemy or to come to terms with him. To design human beings as objective constructions by society, as the author points out, means to refuse them any innate fundamental rights, never to be lost or revoked. Therefore, he considers *Jakobs's* concept as inhumane and even so the demand for treating human beings as wild animals and to have them exterminated at society's discretion.

KEY WORDS: Criminal Law. Criminal Law against the «enemies». Fundamental rights.

(*) Original: «Widerrede zum Feindstrafrecht. Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen», en Hoyer/Müller/Pawlik/ Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friederich-Christian Schroeder*, 2006, págs. 33 y ss. Traducción de Dirk Styma, revisada por el Profesor Dr. Edgardo Alberto Donna.

(**) Friedrich-Christian Schroeder, mi honrado antecesor como asistente de nuestro maestro Reinhart Maurach, desde siempre se ocupó de forma especial no solamente de problemáticas de la política criminal, sino también trabajó a favor de un Derecho Penal que sigue las bases de un Estado de Derecho. Ello surge especialmente de su manual del Derecho Procesal Penal, publicado en tercera edición. Espero encontrar su interés con el presente art., cuya temática actual y explosiva corresponde a ambos campos de trabajo.

Un fantasma recorre el Derecho Penal: el fantasma del enemigo. Jakobs cree haber descubierto el enemigo, lo describió en varios arts. como realmente existente y recomendó cómo tratar esta situación¹. Pero ¿existe realmente el enemigo en el Derecho Penal o se trata solamente de una ilusión? El mismo Jakobs dio el motivo para esta duda, ya que por un lado determina el concepto del enemigo de diversas maneras y con ello el concepto se hace confuso, y, por otro lado, su «Doctrina del Enemigo» carece de un fundamento sólido.

A. El Estado como creador de enemigos

I. Intervenciones en la esfera privada de las personas como tratamiento de enemigos

Según un concepto de enemigo desarrollado por Jakobs hace tiempo, los ciudadanos, como miembros de la sociedad, son tratados por el Estado como enemigos cuando el Estado interviene indebidamente en la esfera privada de las personas —protegida por la Ley Fundamental—, y define comportamientos dentro de esa esfera privada como delitos: con ello el ámbito privado de los ciudadanos es por lo menos parcialmente eliminado. No obstante, con este concepto no hay un pronunciamiento en contra de un Derecho Penal del Enemigo: «La existencia de un Derecho Penal del Enemigo no es una señal de fortaleza de un Estado liberal, sino una señal que éste no existe». Jakobs argumentó que el Derecho Penal del Enemigo puede ser legitimado sólo y excepcionalmente como un Derecho Penal de emergencia².

a) Jakobs afirma que más allá del ámbito de los pensamientos, que no pueden ser controlados, al ciudadano le pertenece «dentro de un orden como lo establece la Ley Fundamental», un ámbito privado definido como «una esfera interna del ciudadano». En el caso en que el Estado intervenga en ella, «termina la libertad privada y con ello la posición de sujeto de ciudadano. Sin esta esfera privada el ciudadano ya no existe»³. «La esfera interna del sujeto de-

lincuente «no abarca solamente sus pensamientos, sino también la totalidad de su esfera privada⁴, la cual se compone, junto con lo que se podría llamar lo psíco-físico, de la vestimenta, los contactos sociales consensuados, el domicilio y la propiedad (dinero, herramientas etc.)»⁵. «De igual forma que el mero pensamiento no puede obstaculizar la convivencia, tampoco lo puede hacer cualquier otro comportamiento que se mantenga dentro de la esfera privada y que no concorra con la esfera privada de otro sujeto, ya que en este último caso, la esfera privada dejaría de serlo». En este sentido según la teoría que se critica, este ámbito privado abarca «desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales consensuados». Cuando el Estado define comportamientos dentro de este ámbito íntimo como delitos, «por ejemplo entre personas con un vínculo de amistad a esos participantes sociales se les ha quitado su «ámbito íntimo» y son tratados como enemigos que no merecen el estatus de un ciudadano»⁶. Bajo este punto de vista, numerosas normas del StGB deben ser caracterizadas como normas del Derecho Penal del Enemigo, como por ejemplo, la tentativa de participación según el § 30 y además los delitos de constitución de asociaciones criminales y terroristas, según los §§ 129, 129 a⁷. Ello no excluye la consideración de la existencia de elementos subjetivos del hecho: sin embargo, «la cuestión de estos sucesos internos es permitida ... solamente respecto a su interpretación, los cuales en sí ya representan un obstáculo»⁸. Y al referirse al problema de este obstáculo, afirma que lo crea quien «se arroga el derecho actual de formar círculos ajenos de organización y solamente cuando se puede constatar que existe una arrogación actual ex re, es legítima la pregunta al autor de cómo su comportamiento debe ser interpretado en consideración de los elementos subjetivos»⁹. Cuando «se observa esta abstinencia del contexto interno se va a una sanción de autores peligrosos, de enemigos, pero no de delitos peligrosos». «Pero quien sanciona delitos futuros no tiene ninguna razón para no sancionar pensamientos»¹⁰.

b) A pesar de Jakobs emplea el concepto del Derecho Penal del Enemigo sobre todo a la limitación del poder estatal de sancionar, lo cual en partes merece la aproba-

1. Jakobs, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* Tomo 97 (1985), 751; Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zur einer Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1999; Jakobs, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», en: Eser, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pág. 47; Jakobs, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» en: Hsu, Yu-hsiu (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure, An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun*, Taipeh, 2003, 41 (también publicado en HRRS marzo 2004, 88, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6>); Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Academia de las ciencias de Renania-Westfalia del Norte, conferencias, G 390, 2004.

2. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 783 s.

3. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 755.

4. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 756.

5. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 755.

6. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 756.

7. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 756 s.

8. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 761.

9. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 762 s.

10. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 771 s.

ción¹¹, más tarde opinó que «hoy en día en el Derecho Penal general se puede observar un sinnúmero de líneas y partículas del Derecho Penal del Enemigo», que considera más nocivo que el establecer de manera expresa el llamado Derecho Penal del Enemigo¹². Con ello extiende los recién mencionados componentes del Derecho Penal del Enemigo, por ejemplo a la asociación ilícita para el cultivo de estupefacientes, a la legislación para combatir la delincuencia económica, al delito organizado, a los delitos sexuales y otros delitos graves¹³, al internamiento de seguridad y «por regla general a los delitos que no sean infracciones»¹⁴. Con ello define al «enemigo» como aquel que «debe ser capturado de antemano y quien debe ser combatido a causa de su peligrosidad»¹⁵.

II. Crítica

La argumentación de Jakobs no puede convencer. La afirmación —vista desde el Derecho Constitucional—, de las reglas en donde se reconoce a un sujeto como enemigo, no es correcta, así como tampoco es aceptable la opinión de que las normas dirigidas a combatir la peligrosidad de personas deban ser clasificadas, en definitiva, como normas del «Derecho Penal del Enemigo».

a) La afirmación que el Estado trata a sus ciudadanos como enemigos cuando sanciona comportamientos, que se encuentran en su ámbito privado, no es compatible con el derecho vigente, y menos aún en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional. Jakobs se remite a un orden existente dentro de la Constitución, aunque no hace referencia a sus límites, dados por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional a los que reemplaza sin fundamentación por su propia interpretación de la ya citada extensión de la esfera privada.

1. En la teoría de las tres esferas, que es generalmente reconocida, el Tribunal Federal Constitucional diferenció entre un núcleo de la vida privada, el cual se encuentra fuera de intervenciones estatales; otra esfera privada protegida, en la cual la admisibilidad de intervenciones estatales depende de una ponderación entre el derecho a la privacidad y los intereses generales¹⁶. Jakobs no analiza la problemática de la delimitación de un núcleo intangible del ámbito privado y la otra esfera privada regulada por el Estado, y con ello no hace referencia al criterio de delimitación establecido por el Tribunal Federal Constitucional,

es decir el criterio de la referencia social, según el cual «el contacto con la esfera de personalidad de otra persona» siempre debe afectar la esfera privada regulada por ley¹⁷. No observa, con ello, que el ámbito íntimo intangible ha sido dejado de lado en el caso de comunicaciones voluntarias a otras personas¹⁸, por ejemplo, en el caso de comunicaciones postales de un preso con prisión preventiva a su cónyuge¹⁹ y hasta anotaciones en un diario íntimo²⁰.

2. El hecho que dicha jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional no sea convincente para todos y que la misma pueda ser autocontradictoria con otras sentencias del mismo tribunal, y, además contradictoria con sentencias del Tribunal Federal Supremo²¹, no modifica el hecho que el Tribunal Federal Constitucional establezca de forma vinculante la extensión y los límites de la esfera privada. Cuando Jakobs hace referencia al orden establecido por la Constitución, debería haber analizado la jurisprudencia mencionada, lo que no ha ocurrido. Por ello, corresponde hacer notar que, según dicha jurisprudencia, en los casos de la tentativa en la participación de la formación de asociaciones criminales o terroristas y en las demás normas consideradas como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo, se abandona el ámbito privado intangible a raíz de la referencia social, por lo cual la punibilidad de estos hechos no lleva a una pérdida (parcial) de la esfera íntima. Lo mismo rige para todas las medidas de mejoramiento y seguridad: Todas estas medidas requieren la comisión de un hecho ilegal con referencia social. No se puede admitir que ello elimina las razones que se han dado para tratar los meros pensamientos como impunes (arriba I a), dado que estos no tienen una referencia social.

b) Acerca de la opinión de Jakobs que el Derecho Penal del Enemigo tiene la «función abierta» de eliminar el peligro y tratar tales normas, que se refieren a la «eliminación de un peligro»²², como normas del Derecho Penal del Enemigo, ver abajo B III c.

B. La consideración de individuos como enemigos de manera externa e interna

I. Conceptos

a) A diferencia del concepto de enemigo tratado anteriormente, existe otro concepto de enemigo de Jakobs: No

11. Vid. Schulz ZStW Tomo 112 (2000), pág. 653, 662.

12. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 93 s.

13. Jakobs, Selbsterständnis (nota 1) pág. 51 s.

14. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 92.

15. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 92.

16. BVerfGE 34, 238, 245 s.; vid. LR-Gössel, 25. ed., introducción K, N° 72.

17. BVerfGE 6, 389, 433.

18. BVerfGE 33, 367, 377.

19. BVerfGE 35, 35, 39.

20. BVerfGE 80, 367, 376.

21. Vid. LR-Gössel, 25. ed., introducción K, N° 76 ss.

22. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 92 y 95.

se trata de los ciudadanos, a quienes se les haya afectado parcialmente en su esfera privada que son tratados o considerados como enemigos, sino también como externos de la sociedad, ya que provocan disturbios a la sociedad.

«La sociedad se crea cuando la norma establece la base que dirige la comunicación»: «Sociedad es comunicación personal» entre los sometidos a la norma»²³. Cuando una persona sometida a la norma actúa en contra de ella, esta persona actúa — dado que «como persona es no desarrollada—», solamente de «manera formal», es decir como persona solamente formal, la cual debe ser confrontada con «relaciones materiales-personales», con «la realidad de la norma»²⁴. En caso que el infractor de la norma no fuera (por lo menos) una persona solamente formal, se debería hacer lo necesario para evitar repeticiones, «pero nada más»²⁵. La pena resultante de la infracción a la norma confirma, según Jakobs, «la identidad normativa del grupo», por lo cual «puede ser sancionado solamente un miembro del grupo». No obstante, «el grupo determina quien es su miembro cuando trata a alguien como persona. Criterios para la diferenciación pueden ser el origen o el matrimonio (clan) o la pertenencia a un pueblo o nación... y su exclusión». Una persona externa al grupo que no está sometida a las normas del grupo y crea disturbios para el orden comunicativo del grupo, es tratado como enemigo ya que «obstaculiza sus actividades». Es una mera cuestión de practicidad si esta persona es eliminada o si se llega a un acuerdo con ella»²⁶. Por estas razones «la sanción penal de violaciones de los derechos humanos en la ex República Democrática de Alemania carece de un fundamento teórico-penal»²⁷.

b) En sus últimos trabajos sobre el Derecho Penal del Enemigo Jakobs desarrolló otro concepto de «enemigo» y de «Derecho Penal del Enemigo», el cual se diferencia de los conceptos anteriores: A los mismos ciudadanos, desde el punto de vista interno, se le quitan ese estatus y se convierten en enemigos cuando abandonan de manera categórica al Derecho²⁸. Con ello el Derecho Penal del Ene-

migo no es considerado legítimo sólo de forma excepcional y como derecho de necesidad, sino como un complemento necesario y sin alternativa al Derecho Penal de los ciudadanos²⁹.

1. Para entender esto, se diferencia entre individuo y persona (en contra abajo II), Jakobs manifiesta «quien quiere ser tratado como persona», debe «dar una cierta garantía cognitiva de que se comportará como persona»³⁰. Una norma debe dar una orientación para ser real, por lo cual la constitución de una persona en el derecho, es decir la de un ciudadano, requiere que «dentro del derecho a cada uno se le debe poder orientar como persona»³¹. Cuando dicha «garantía no existe o es negada expresamente, el Derecho Penal se convierte en una reacción de la sociedad a un hecho de uno de sus miembros, en una reacción en contra de un enemigo»³².

2. En consecuencia «el enemigo es un individuo que abandonó el derecho de forma permanente y con ello no garantiza la seguridad cognitiva mínima de un comportamiento personal y muestra ese déficit a través de su comportamiento»³³. Siguiendo a Kant, Jakobs describe el tan llamado enemigo como individuo, que se quedó en el «estado natural» y «a través de la anarquía de su estado» lesiona al ciudadano³⁴, contra el cual «es permitido todo aquello que los es en el estado natural para hacer realidad una constitución ciudadana»³⁵. En la actualidad los enemigos «no son personas» que deben ser «eliminadas»³⁶. No obstante, según Kant³⁷, «corresponde otorgarle al enemigo una personalidad potencial, a los fines de evitar especialmente una acción desmesurada, por lo que en el combate no se puede sobrepasar de lo necesario»³⁸. De manera metafórica: «Quien siempre se comporta como Satanás, no puede ser tratado como persona en el derecho cuando se trata de confiar en el cumplimiento de los deberes a su cargo». Respecto a esa persona se trata «de eliminar una fuente de peligro, como si fuera un animal salvaje, por esa razón no se le puede dar el tratamiento de persona»³⁹. Además, no es admisible «abusar el Derecho

23. Jakobs, Person (nota 1), pág. 52 s.

24. Jakobs, Person (nota 1), pág. 104, 105.

25. Jakobs, Person (nota 1), pág. 104.

26. Jakobs, Person (nota 1), pág. 109.

27. Jakobs, Person (nota 1), pág. 111.

28. Jakobs, HRRS (nota 1), pág. 92.

29. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 45 y Selbstverständnis (nota 2), pág. 53; *vid.* Schulz, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Informe de una jornada y notas al Derecho Penal del Enemigo, ZStW Tomo 112 (2000) 653, 661.

30. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 51.

31. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 41.

32. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 51.

33. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 52; más preciso en HRRS (nota 1) pág. 92: quien «por lo menos, pero de forma decisiva, abandonó el derecho».

34. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 43.

35. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 47.

36. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 53.

37. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 44.

38. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 51.

39. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 41.

Penal de los ciudadanos, convirtiendo los enemigos en ciudadanos»⁴⁰.

c) Jakobs llega a estos conceptos de enemigo a través de dos puntos de partida, que aquí deben ser considerados como incorrectos: La clasificación de las personas en individuos y personas de derecho (abajo II) y la evaluación del crimen solamente como infracción a la norma (abajo III).

II. La diferenciación entre individuos y personas jurídicas como primer punto de partida del concepto de enemigo de Jakobs

a) Jakobs no se refiere al ser humano, sino solamente a individuos y personas en el derecho.

1. El individuo hace el balance de sus acciones según «sus propios deseos»⁴¹, eso lleva a considerar que no es «un colaborador voluntario para con el grupo»⁴². El individuo «tiene objetividad sólo cuando es un miembro del Estado, caracterizado por Hegel como el espíritu objetivo, que decide sobre los límites del grupo»⁴³: «La individualidad es... el aspecto de orden de una conciencia marcada por el deseo y su carencia»⁴⁴.

Por contrario, las personas son formadas por quien «tiene el poder» a través de normas que la constituyen como tal.⁴⁵; las personas son aquellas que comprenden, como sujetos, el esquema de «deberes, contrapuesto a la arbitrariedad»⁴⁶, y son definidas «a través de su relación con otras personas en lo que se su rol o —más castizamente— su función»⁴⁷ y por eso son caracterizadas por el hecho «de que son reconocidas generalmente como portadoras de derechos y deberes»⁴⁸.

No obstante, el individuo y la persona no son conceptos que se excluyen entre sí: El esquema de la persona se abarca el del individuo, pero no lo hace «desaparecer»⁴⁹. Se trata de «dos esquemas de interpretación del mundo que no pueden ser disueltos entre sí, porque se trata de dos mundos»⁵⁰, que «no existen uno al lado del otro sin tener relación»⁵¹ y que no se excluyen mutuamente: «La per-

sona no existe sin el individuo»⁵². Existe si el contraste entre «el sujeto considerado como persona, el que se armoniza con el individuo, en contra de lo que se denomina “lo solamente-individual”»⁵³.

2. De la misma manera que en el concepto del individuo, a pesar de que al contrario del concepto de persona «se trata de un orden de seres individuales como tal y no como sociedad»⁵⁴, también la persona es un objetivo: “Persona” se define a través del hecho que cumple con su rol, una función»⁵⁵. La persona tiene relación con el deber, es una forma del deber, es decir una construcción objetiva»⁵⁶. Con las palabras de Müssig, discípulo de Jakobs que extrae la consecuencia innegable de la doctrina de su maestro, la persona «no es... algo con sustancia, no disponible materialmente y con ello algo que existe antes de cada realidad social, sino que se trata de una construcción social»⁵⁷.

Ahora bien, en su último trabajo Jakobs considera la personalidad como una construcción normativa irreal, que se convierte en real cuando las expectativas de las otras personas dentro del ámbito del derecho que exigen un comportamiento fiel a la ley «son generalmente satisfechas»⁵⁸.

b) En contra de estas definiciones corresponde alegar, en primer lugar, que ellas definen a la persona en el Derecho de manera normativa a través de estructuras sociales, de roles o funciones asignados y de expectativas, que son de naturaleza normativa y que la convierten en «persona de derecho» solamente cuando dichas expectativas son cumplidas. Cuando estas expectativas no son cumplidas, la persona sólo puede ser considerada como individuo. En razón de esta determinación meramente normativa no hay lugar para la persona en el Derecho, aunque la persona abarque el individuo (arriba a 1), por lo cual Jakobs rechaza la existencia de receptores humanos de normas, hace referencia a la persona solamente entre comillas y reemplaza la dirección normativa del comportamiento

40. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 47.

41. Jakobs, Selbsterständnis (nota 1), pág. 50; Jakobs Person (nota 1), pág. 9, 62.

42. Jakobs, Person (nota 1), pág. 32.

43. Jakobs, Person (nota 1), pág. 60.

44. Jakobs, Person (nota 1), pág. 43.

45. Jakobs, Person (nota 1), pág. 33, 37.

46. Jakobs, Person (nota 1), pág. 38.

47. Jakobs, Person (nota 1), pág. 38.

48. Jakobs, Selbstverständnis (nota 1), pág. 49.

49. Jakobs, Person (nota 1), pág. 46.

50. Jakobs, Person (nota 1), pág. 49.

51. Jakobs, Person (nota 1), pág. 98.

52. Jakobs, Person (nota 1), pág. 80.

53. Jakobs, Person (nota 1), pág. 75.

54. Jakobs, Person (nota 1), pág. 45.

55. Jakobs, Person (nota 1), pág. 68.

56. Jakobs, Person (nota 1), pág. 96.

57. Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, 119, 125.

58. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 93.

humano por el objetivo de la clasificación normativa⁵⁹. Pero ello significa la deshumanización del orden legal, que puede convertir personas en enemigos y tratarlas, en las palabras de Jakobs, como animales salvajes⁶⁰.

1. La supuesta contraposición del orden legal entre el individuo, que hace el balance según sus deseos y la persona como portadora de derechos y deberes, se basa en que el Estado reglamenta en la sociedad la constitución de una persona mediante la concesión de derechos y la imposición de deberes. Esta idea se corresponde con la comprensión que tenía Hegel del Estado, al cual Jakobs hace referencia⁶¹, es decir el Estado como «realidad de la idea moral», como «lo razonable en y por sí mismo», el cual «tiene el mayor derecho en relación a los individuos, cuyo deber mayor es ser miembros del Estado»⁶².

Desde el punto de vista actual, tal concepto del Estado parece un eufemismo y un concepto muy dudoso, dado que al Estado se le reconoce una personalidad, que «se hace real en una sola persona, el monarca»⁶³. A pesar de que el monarca no se encuentra «encima de la Constitución» se inserta, como si fuera evidente, como el único jefe del organismo subjetivado del Estado en la función del representante del todo, dotado con el poder soberano»⁶⁴. Con ello Hegel se pronuncia a favor de un orden autoritario del Estado⁶⁵ y rechaza estrictamente la división de poderes: Según Hegel, «la función mutua de control entre poderes independientes entre sí, contradice directamente la construcción monística del Estado, ya que debe prevalecer como esencial su aspecto integrador sobre todas las diferenciaciones internas y sobre la complejidad institucional de un sistema»⁶⁶. Por ello, según Hegel, «formas de la democracia», especialmente la parlamentaria⁶⁷, son posibles solamente en un estadio desarrollado de un pueblo, pero que todavía no se ha desarrollado en una «totalidad realmente orgánica», que es real »en la persona del monarca»⁶⁸. Por ello, Albrecht con razón llega al resultado: „Cuando ... le negamos al individuo la personalidad jurídica (el hecho de tener derecho por propia decisión), nos lleva necesariamente al punto de atribuirle al propio Esta-

do esta personalidad de dominar, actuar y tener derechos»⁶⁹.

Una concepción del Estado tan autoritaria contradice el pensamiento actual y moderno sobre la teoría del Estado, por lo cual, sólo por esta razón ya no es idónea para funcionar como fundamento de los conceptos de persona. Es correcto que sólo el ser humano es reconocido por el orden legal como poseedor de derechos y deberes y con ello como persona, pero no obstante es dudoso que la persona definida de tal manera sea constituida por el Estado, como portador del poder (arriba a 1). La opinión actual, contraria a que los derechos fundamentales, le corresponden al ser humano por naturaleza e independientemente de un otorgamiento por parte del Estado, tiene una tradición, que encontró su expresión en la Magna Carta Libertatum de 1215, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1789 (y la Virginia Bill of Rights de 1776 como su antecesora), la Déclaration des droits de l'homme del 26 de agosto de 1798, y diez años antes de la Filosofía del Derecho de Hegel en el § 16 del CC de Austria de 1811: «Es natural que cada ser humano tenga derechos desde su nacimiento, por lo cual debe ser considerada como una persona»⁷⁰. El derecho reconoce el ser humano de «manera declaratoria» como persona, pero no la constituye como tal. El hecho que a las personas consideradas de esta forma se les otorgue derechos y deberes no es contradictorio a que se la considere como persona de derecho a raíz de sus derechos por nacimiento, independientemente de ese otorgamiento.

2. Si nosotros entendemos a la persona, de acuerdo a Jakobs y Müssig, como una construcción objetiva, la cual carece de sustancia propia y de una indisponibilidades material (arriba a 2), entonces el ser humano es llevado a un nivel anterior al debate sobre los derechos básicos y humanos, y se niega, en ese sentido, un desarrollo centenario. Al ser la persona definida como una construcción objetiva, es decir por parte del portador del poder, ella es, en contraposición a lo manifestado por Jakobs, no un sujeto, sino solamente un objeto del orden legal. Solamente cuando el

59. Jakobs, Person (nota 1), pág. 54.

60. Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 41.

61. Por ejemplo Jakobs, Staatliche (nota 1), pág. 24.

62. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, editado por Hoffmeister, 4. ed. 1955, § 257, pág. 241 de la edición original 1821, § 258, pág. 242.

63. Hegel (nota 62), § 279, pág. 286 de la edición original 1821.

64. Stetz, Die gesellschaftstheoretischen Prämissen der Hegelschen Rechtsphilosophie. 1991, 296.

65. Stetz (nota 64), pág. 293 s.

66. Stetz (nota 64), pág. 293.

67. Stetz (nota 64), pág. 294.

68. Hegel (nota 62), § 279, pág. 288 de la edición original 1821.

69. Albrecht, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts. Göttinger gel. Anz. V. 21./23. 9. 1837, citado según Ritter/Gründer (editores), Diccionario histórico de la filosofía, Tomo 10, 1998 pág. 42. Vid. además Herdegen en Maunz/Dürig Ley Fundamental (Grundgesetz), art. 1 inc. 1, nota 4 (febrero de 2003): «En contraposición al punto de vista kantiano sobre la dignidad humana como un derecho de respeto por nacimiento, en su filosofía del derecho Hegel la entiende como un calidad que se obtiene, por lo cual en este aspecto todavía se encuentra en la tradición del punto de partida escolástico».

70. Citado según Stern, «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», en: Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Tomo V, 1992, § 108, N° 4.

orden jurídico defina a la persona como un ser humano que tiene su preexistencia con sustancia propia, puede reconocerlo como sujeto. Las investigaciones de Maturana sobre la teoría biológica del sistema⁷¹ no permiten considerar el ser humano como determinado sólo por estructuras sociales objetivas: La controvertida aplicación de la teoría biológica del sistema por parte de Luhmann a sistemas sociales llevó a la crítica de Maturana. Una teoría de los sistemas sociales no puede hacer referencia solamente a la coordinación de comunicaciones, sino que, en contra de Luhmann, debe incluir seres humanos⁷².

c) Naturalmente se podría pensar en sistemas sociales según el cual tuviera reglas en que la personalidad del sujeto depende de la voluntad del portador del poder, tal cual lo establece el esquema utilizado por Jakobs; es más, se podría pensar en reglas, que subordinan los restantes individuos como súbditos al poder. No obstante, la conclusión debe surgir de la estructura jurídica de la República Federal de Alemania para que esa caracterización sea posible. Y en primer lugar hay que acudir a la Ley Fundamental. Pero de ninguna manera se puede basar este tipo de Estado de reflexiones sobre los individuos en el estado de naturaleza de Hobbes y las reflexiones sobre la persona de Kant y Hegel. Por eso, en este contexto sorprende que Jakobs no haga referencia a lo establecido por la Ley Fundamental de Alemania; solamente en su concepto de enemigo mencionado arriba (bajo A I) Jakobs advierte que la Ley Fundamental le otorga al ciudadano una esfera privada⁷³ (ver la crítica arriba A II). Pero en todo lo demás, Jakobs no tiene en cuenta el concepto de ser humano que surge de la Constitución y especialmente su concepto de persona. En consecuencia se puede afirmar que, tanto el resultado como la fundamentación de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs no son compatibles con la Constitución⁷⁴.

1. La Ley Fundamental de Alemania no reconoce un individuo en el sentido que le da Jakobs, que se encuentra en el estado de naturaleza tal como lo pensó Hobbes y que es consciente solamente de «sus propios deseos» y que obtiene su condición de persona a través de normas constituyen-

tes del Estado, como portador del poder, en base a la conciencia del deber y de la arbitrariedad (arriba B II a 1).

Entender el esquema de orden deber/arbitrariedad como un elemento que caracteriza la persona no convence, ya que en los animales se puede observar un comportamiento, el cual vence los deseos, es decir, un comportamiento conforme a su deber. Además, no parece razonable que existan individuos humanos que, fuera de sus etapas iniciales de vida y situaciones de enfermedad, tengan conciencia solamente de sus deseos y que definan sus comportamientos solamente según este esquema: Las ambiciones humanas altruistas que contienen sentimientos distintos de aquellos deseos básicos, refutan tal opinión.

Un argumento decisivo en contra de la hipótesis del individuo en el sentido de Jakobs es que dicha concepción no está permitida por nuestro orden legal de modo que aún desde esta perspectiva esta concepción no puede ser construida de forma normativa. La Constitución no lo permite.

2. La Constitución reconoce en su art. 1 expresamente a los seres humanos como poseedores de una dignidad humana propia. En otras palabras todos los «seres vivos engendrados por el ser humano» tienen esa dignidad material⁷⁵. La garantía de esta dignidad humana en la Ley Fundamental es «una declaración a favor de derechos humanos preexistentes, que deben ser respetados por el Estado. Estos derechos no provienen de un otorgamiento estatal, sino de la consideración del ser humano como una persona con dignidad»⁷⁶, aunque la dignidad humana en sí fuera un concepto del derecho positivo⁷⁷. El máximo principio constitutivo del orden legal es el reconocimiento de la dignidad humana⁷⁸. Esta debe ser respetada ya que representa la base de un sistema de valores de derechos básicos, y ello significa que la «Constitución está centrada sobre la calidad de persona del individuo»⁷⁹). El ser humano como persona es portador de los máximos valores espirituales y morales y representa un valor moral propio, el cual es independiente y no puede ser infringido por pretensiones de la comunidad, especialmente por intervenciones políticas y legales del Estado y de la sociedad»⁸⁰. En consecuencia, todo individuo es persona y

71. Vid. Maturana, *Biologie der Realität*, recopilado de arts., 2000.

72. Acerca de la controversia entre Maturana y Luhmann ver solamente la nota en el periódico austriaco *Standard* del 4 de mayo de 2001; aquí no es posible hacer referencia a las doctrinas criticadas de Jakobs, es decir doctrinas que consideran el ser humano como determinado totalmente por estructuras sociales (Adorno, Luhmann). Vid. por ejemplo la opinión crítica de Thies, *Einführung in die philosophische Anthropologie*. 2004, pág. 25 ss.).

73. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 755.

74. Lo mismo fue advertido de forma correcta por Sauer, *Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft*, NJW 2005, 1703, 1704.

75. Starck en v. Mangoldt/Klein/Starck, *Bonner Grundgesetz*. Comentario, Tomo 1, 4. ed., 1999, art. 1 inc. 1, N° 17; también Herdegen (nota 69), art. 1 inc. 1, N° 48 (febrero de 2003); Leibholz/Rinck/Hesselberger, *Grundgesetz*, 7. ed., Tomo 1 1993, art. 1 N° 3; Höfling en Sachs (editor) *Grundgesetz*, 2003, art. 1, N° 46.

76. Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 2, N° 6 (febrero de 2004).

77. Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 1, N° 17 (febrero de 2003).

78. Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 1, N° 5 (febrero de 2003).

79. Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 1, N° 18 (febrero de 2003).

80. BayVerfGH 8, 52, 87.

portador de su propia dignidad humana, que no puede ni debe perder, ni menos aún se le puede quitar. En otras palabras esta dignidad es anterior a que el sujeto garantice la seguridad cognitiva mínima de un comportamiento fiel a la norma. La «no persona» de Jakobs⁸¹ es rechazada por la Constitución de la misma manera que la propuesta de Jakobs de tratar a seres humanos como «animales salvajes» y por ende en la posibilidad de «eliminarlos». La abolición de la pena de muerte en el art. 102 de la Constitución habla en contra de tal concepto. Esta opinión corresponde al concepto cristiano del ser humano como la raíz de la garantía constitucional de la dignidad humana (ver la referencia a Dios en el preámbulo de la Ley Fundamental): Cada ser humano como criatura de Dios está dotado de una individualidad propia frente a los derechos y deberes estatales⁸².

3. Todo individuo es portador de la dignidad humana, ya que «la dignidad humana no está vinculada a una capacidad de hacer vivencias relacionadas a valores espirituales-mentales», y tampoco es necesario que «el portador tenga conocimiento de la dignidad o que la pueda ejercer de forma propia»⁸³: «Persona es el ser humano propio, no un cierto estado del ser humano»⁸⁴. El Tribunal Constitucional Federal lo manifiesta de una manera clara y correcta: «La dignidad humana no es la dignidad individual de una persona, sino la dignidad del ser humano como ser de la especie humana. Cualquiera la tiene, sin considerar sus calidades, sus logros o su estatus social. La tiene también aquel, quien a raíz de su estado físico o mental no puede actuar con razón. La dignidad humana no se pierde tampoco por un comportamiento indigno. La dignidad no se le puede quitar a ningún ser humano»⁸⁵. Por ello también aquellos seres humanos que hayan violado la dignidad de otro ser humano de la manera más grave (criminales violentos) mantienen esa dignidad»⁸⁶. Queda pues claro: la posición de Jakobs, al afirmar que quien siempre «se comporta como Satanás» puede ser tratado solamente como enemigo, pero no como persona del derecho (arriba I b 2), no es compatible con nuestra Ley Fundamental y con el ordenamiento legal de Alemania.

Jakobs le otorga al tan entendido «enemigo» por lo menos una personalidad potencial. No obstante, cabe manifestar que, luego de lo desarrollado, tal diferenciación tampoco es compatible con la Ley Fundamental⁸⁷. La contradicción de dicha argumentación es evidente: En caso de seguir a Jakobs con su «descripción más precisa del

problema» —según Kant— sobre la situación legal del enemigo, el cual se mantiene en un estado de «ilegalidad»⁸⁸ y de ese modo se aleja permanentemente del derecho y que debe ser «eliminado», llegamos al resultado que ese sujeto, considerado ahora enemigo, perdió su personalidad. En consecuencia su «estado de ilegalidad» ya no le permite el reconocimiento de derechos. En el caso de la personalidad potencial se puede dar el caso de que se le reconozca nuevamente derechos cuando la persona convertida en enemigo, abandone tal estado y así lo demuestre, por lo que debe prestar nuevamente la garantía cognitiva exigida por Jakobs, es decir respetar al Derecho. Sin embargo, es contradictorio otorgar derechos a individuos que se encuentren en un estado (aparente) de ilegalidad. Una persona sin ley no tiene derechos, de lo contrario no se encontraría fuera de la ley.

En particular, si se trata el sujeto de una construcción objetiva sin sustancia (arriba a 2) sólo se le podrían reconocer derechos de forma normativa. El mero reconocimiento de derechos por nacimiento, es decir, de derechos independientes de un otorgamiento normativo y vinculados necesariamente con su propia sustancia no es posible. De la misma manera en que el individuo y la persona de derecho son construidos objetivamente lo deben ser sus derechos. Pero esta idea es incompatible con la Ley Fundamental. Esta le reconoce derechos a cualquier ser humano antes de un otorgamiento de ellos, conforme lo demuestra la amplitud de los derechos básicos: El catálogo de estos es abierto, como el reconocimiento del derecho a la personalidad, especialmente el derecho a la autodeterminación informática; ambos derechos, que no están contenidos *expressis verbis* en el catálogo de derechos básicos de la Ley Fundamental, le son igualmente reconocidos.

Es cierto que todos los derechos fundamentales tienen límites, especialmente el derecho básico del libre desarrollo de la personalidad a través de la teoría de tres límites, antes expuesta, pero ello no es útil para razonar en contra de las conclusiones a las que se han arribado. La Ley Fundamental en la jurisprudencia permanente del Tribunal Federal Constitucional le ha reconocido a la persona, además de su dignidad humana, su relación con la sociedad⁸⁹, y «sin quitarle su valor propio», aunque deba aceptar «tales límites de su libertad de actuar, que el legislador estableció y establecerá a los fines de cuidar y fomentar la vida social dentro de lo exigible»⁹⁰.

81. En contra Schünemann, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, GA 2001, 205, 210 ss.

82. Starck (nota 75), art. 1 inciso 1, N° 4 ss.; *vid.* también por ejemplo Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 1, N° 9 ss. (febrero de 2003).

83. Starck (nota 75), art. 1 inciso 1, N° 17.

84. Höfling (nota 75), art. 1, N° 47.

85. BVerfGE 87, 209, 228.

86. Starck (nota 75), art. 1 inciso 1, N° 19.

87. A. A. Schulz (nota 29), pág. 662, quien aparentemente no consideró la contradicción de la argumentación de Jakobs.

88. Jakobs, *Staatliche* (nota 1), pág. 43.

89. *Vid.* las notas en Leibholz/Rinck/Hesselberger (F. 75), art. 1 N° 12.

90. Leibholz/Rinck/Hesselberger (F. 75), art. 1 N° 12.

En consecuencia, de acuerdo al derecho positivo (arriba 2), «la forma y la extensión de la protección de la dignidad permiten diferenciaciones para las circunstancias concretas. En casos de culpabilidad gravísima también intervenciones graves ... son compatibles con la dignidad humana, que en otros casos no serían aplicables»⁹¹. Pero, a pesar de la consideración de los límites provenientes de la pertenencia de la persona a la sociedad, nadie puede ser tratado como una no persona o un animal salvaje de acuerdo a como desarrolla Jakobs expresamente el tema (arriba I b 2).

III. La caracterización del crimen como infracción a la norma como segundo punto de partida de los conceptos del derecho penal del enemigo de Jakobs

Dado que las personas no son «caracterizadas a través de la seguridad óptima de sus bienes, sino a través del hecho de que ellas son reconocidas generalmente como portadoras de derechos y deberes, un delito... paralelamente a ello... no debe ser caracterizado como una lesión de bienes jurídicos, sino solamente como una lesión de la legalidad», con lo cual «la lesión de la norma ... es el elemento decisivo del delito», tal cual lo viene a demostrar «la sanción de la tentativa»⁹². Quien se refiere solamente al bien jurídico protegido, define el autor solamente por el hecho en el cual es «peligroso para el bien jurídico protegido, con lo cual el comienzo del peligro podría ser adelantado sin límites», es decir que «correspondería combatir los pensamientos peligrosos de potenciales autores y las fuentes de tales pensamientos peligrosos a través del Derecho Penal»⁹³. Jakobs afirma que la protección del bien jurídico finalmente lleva al Derecho Penal del Enemigo: «El Derecho Penal del Enemigo optimiza la protección de los bienes jurídicos, y en consecuencia optimiza las esferas de libertad»⁹⁴.

a) Esta afirmación es errónea porque los bienes jurídicos individuales siempre se refieren a esferas de libertad. No es posible evitar el peligro de adelantar la punibilidad, por ejemplo en los delitos de peligro, que no requieren una lesión del bien jurídico⁹⁵, a través del abandono de la protección de los bienes jurídicos como objeto del Derecho Penal. Al contrario, la opinión de Jakobs llevaría el riesgo de adelantar la punibilidad de forma ilimitada: en caso de referirse solamente a la lesión de la norma, se podría interpretar que dicha lesión ya se manifiesta en procesos psíquicos internos. Quien decide matar a otro ser humano, ya en tal momento infringe la norma de la protección de la vida humana. La agregación del bien jurídico protegido requiere necesariamente que exista un suceso realizado en

el mundo exterior que se corresponda al comportamiento interno, que manifiesta un perjuicio al bien jurídico protegido a través de su puesta en peligro. La puesta en peligro de un bien jurídico concreto es un suceso real en el mundo exterior, un suceso histórico y no solamente un hecho futuro. En consecuencia, la pena en este caso, se fundamenta en un hecho real, esto es, no se trata de una mera prevención de seguridad, la cual es clasificada por Jakobs como un elemento del Derecho Penal del Enemigo⁹⁶. Es cierto que el legislador demuestra la tendencia de un exceso en adelantar la punibilidad (por ejemplo la discusión sobre una punibilidad para los clientes de prostitutas que hacen uso de servicios sexuales con víctimas de traficantes de personas⁹⁷), lo que, conforme a lo que se ha desarrollado con anterioridad, no puede ser fundamentado en la doctrina del bien jurídico y por esa misma razón debe ser criticado. Pero esto lleva a la inconstitucionalidad de la norma penal correspondiente, pero no a decir que se trata del llamado Derecho Penal del Enemigo.

b) Además, el concepto que el delito también es una lesión a la norma está reconocido generalmente, por lo cual casi nadie parte solamente del «bien jurídico». Pero quien discrimina a través de la fórmula mencionada la protección de los bienes jurídicos, quien rechaza la caracterización del delito como lesión del bien jurídico y quien define la lesión a la norma como elemento esencial del delito, termina eliminando la protección de los bienes jurídicos y con ello su lesión del ámbito del delito. Es que, cuando la esencia del delito es solamente la lesión de la norma, es decir una contradicción al deber, sin tener en cuenta los comportamientos exigidos a los fines de proteger a los bienes jurídicos, no es posible explicar las diferentes reacciones penales a las distintas lesiones normas. En caso que solamente la lesión a la norma fuera decisiva, no existiría una diferencia entre los delitos del homicidio simple y la injuria, el robo y la violación del domicilio. En caso de entender la lesión de la norma como elemento esencial del delito, un deber de fidelidad a la norma pierde su contenido y es impensable como regla legal: El orden legal se libera de comportamientos de la vida, que debería regular y se convierte en inhumano y sin sentido.

El descuido del estudio del contenido de la norma tiene otras desventajas. Solamente la referencia de la norma a su objeto permite su evaluación a los efectos de constatar si ella es legalmente correcta o errónea⁹⁸. En este sentido, la infracción de Antigone a la prohibición de Creon de dar sepultura a su hermano Polyneikes, por la cual fue condenada a la pena de muerte, debería ser evaluada como deli-

91. Herdegen (nota 69), art. 1 inciso 1, N° 50 (febrero de 2003).

92. Jakobs, *Selbsterständnis* (nota 1), pág. 49.

93. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 753.

94. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 756.

95. Jakobs, *Kriminalisierung* (nota 1), pág. 773 ss.

96. Jakobs *HRRS* (nota 1) pág. 95.

97. *Vid.* Gössel, *Das neue Sexualstrafrecht*. 2005, pág. V.

98. *Vid.* también Schulz (nota 29) pág. 663: No es un criterio «para preguntarse sobre la legitimidad de un orden».

to, como también la lesión de las normas de la ley del legislador nacionalsocialista sobre la protección de la sangre alemana y el honor alemán del 15/09/1935 (RGeB. I pág. 1146) ⁹⁹ mediante la tan llamada «infamia racial» a través de relaciones carnales entre una ciudadana de «sangre alemana» y un judío con ciudadanía alemana ¹⁰⁰, y también el hecho de salir de la anterior República Democrática de Alemania sin permiso según § 213 del Código Penal de la ex RDA, a pesar de que bienes jurídicos que debían ser protegidos no fueron infringidos por dichos hechos, sino por las leyes mencionadas. Dado que Antígona y todos los otros, los cuales fueron considerados como punibles según las leyes mencionadas, se apartaron de dichas normas legales, según Jakobs, deberían ser tratados como enemigos, es decir como animales salvajes. Lo mismo rige para las personas, que participaron en las acciones fracasadas de resistencia contra Hitler el día 20 de julio de 1944. La inhumanidad de un punto de vista, que se refiere solamente a la lesión de una norma y a la resultante infracción de un deber sin consideración al contenido de la norma, fue desenmascarada por Siegfried Lenz, en la caracterización de la persona del oficial de policía Jens Ole Jepsen, quien controlaba la prohibición de pintar en contra de Emil Nolde (en el libro de Lenz: Max Ludwig Nansen) de una manera tal que llevó a la deformación de la personalidad de él y de su hijo ¹⁰¹. Por ello Jakobs llega a la opinión equivocada que «la sanción penal de lesiones a los derechos humanos en la ex RDA carece de una fundamentación penal-teórica» (arriba I a).

c) Finalmente parece erróneo caracterizar tales normas legales, que se contraponen a la puesta en peligro de bienes jurídicos, generalmente como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo ¹⁰².

Por un lado, no es correcto hacer un reproche a las normas preventivas que tiene como fin evitar peligros como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo. Una gran parte del Derecho Administrativo sería afectada por este reproche de manera evidentemente incorrecta (por ejemplo el Derecho de Policía y el Derecho de Infracciones): La orden con el fin que personas abandonen un lugar para evitar un peligro (vgr. por ejemplo art. 16; 7 inc. 1 de la Ley de Tareas Policiales de Baviera) generalmente no se dirige a individuos, que «presumiblemente se alejaron de forma permanente y menos tajantemente, del derecho» ¹⁰³. Lo mismo rige para aquel, quien en contra de § 121 inc. 1 N° 2 Ley de Infracciones, como responsable de animales peligrosos no cumpla con las medidas de pre-

caución, a los fines de evitar daños, o quien en contra de § 20 inc. 1 del Reglamento de Tránsito se adelanta sin precaución a un ómnibus estacionado en una parada, con lo cual es responsable de la infracción del § 49 inc. 1 N° 19 b del Reglamento de Tránsito. En todos estos casos los infractores se mantienen en el derecho, como surge de las numerosas posibilidades de revisión, aunque no sólo las judiciales.

2. Asimismo, las otras normas mencionadas por Jakobs, ya existentes, no deben ser utilizadas como argumento a favor de un Derecho Penal del Enemigo. «Delitos económicos, terrorismo, comercialización ilegal de estupefacientes y otras formas del delito organizado, delitos sexuales, es decir, hechos graves en general» ¹⁰⁴. Cabe tener en cuenta que dichas normas se refieren a delitos ocurridos, a delitos realmente cometidos, por lo cual no se conforman con el peligro de la comisión de delitos futuros. No están dirigidas contra peligros, sino se trata de reacciones a hechos o acciones realizadas, como por ejemplo, en el caso de la comisión en banda, en los que se hace hincapié en la infracción a la norma (y al perjuicio del bien jurídico protegido), y sobre la afirmación que en los casos de delitos sexuales y delitos económicos «no se trata en primer lugar de la compensación de un daño de la validez de la norma, sino de la eliminación de un peligro» ¹⁰⁵, no es entendible por parte de las víctimas de tales hechos. Además, cabe manifestar que dicha afirmación parece desmesurada y no fundamentada.

2. Lo mismo rige para las medidas de seguridad y mejora, que naturalmente también tienen la función de combatir peligros. No obstante, todas estas medidas pueden ser aplicadas, respetando el principio constitucional de proporcionalidad (§ 62 Código Penal), solamente como consecuencia legal de una lesión típica y antijurídica de un bien jurídico. No son de naturaleza solamente preventiva, solo mirando al futuro, sino al mismo tiempo una respuesta a la lesión del bien jurídico. La existencia de las medidas de seguridad y mejora (incluyendo el internamiento de seguridad) no es un ejemplo idóneo de un Derecho Penal del Enemigo destinado solamente a la evitación de peligros.

3. Lo mismo rige para las normas procesales mencionadas por Jakobs ¹⁰⁶. En este caso Jakobs no considera que las normas procesales también tienen la función de asegurar la realización del proceso penal y que las mismas no se dirigen solamente contra peligros causados por el imputado. Solamente las normas sobre el fundamento de la pri-

99. Acerca de las leyes raciales de Nuremberg *vid.* Hansmann, Die Nürnberger Rassegesetze vom 15. September 1935. NJW 2005, 2648.

100. *Vid.* por ejemplo RGSt 72, 91.

101. Siegfried Lenz, *Deutschstunde*. 1968.

102. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 95.

103. Jakobs HRRS (nota 1), pág. 95.

104. Jakobs, *Staatliche* (nota 1), pág. 41 s.

105. Jakobs, HRRS (nota 1), pág. 92.

106. Jakobs, HRRS (nota 1), pág. 93.

sión del § 112a Código Procesal Penal y de los fundamentos de la incomunicación (§§ 31 Ley de introducción a la Ley sobre la constitución judicial) sirven a los fines de evitar peligros. No obstante, aquí tampoco se puede argumentar que dichas normas deban ser tratadas como un Derecho Penal del Enemigo en contra de individuos sin derechos, esto es, en contra de animales salvajes: Los §§ 115 ss. Código Procesal Penal, § 34 Ley de introducción a la ley sobre la constitución judicial demuestran claramente que las personas privadas de su libertad según § 112a Código Procesal Penal y los incomunicados son tratados como personas en el derecho.

C. Conclusión y perspectiva

I. La insostenibilidad de concepciones del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho alemán

a) La relación contradictoria de los diferentes conceptos de enemigos entre sí (arriba A, B) no es aclarada por Jakobs, lo que lleva a una confusión conceptual. Por un lado se argumenta que los ciudadanos son tratados como enemigos a través de intervenciones estatales (arriba A) y por otro, que solamente los sujetos externos a la sociedad son enemigos (arriba B I a) y finalmente que los sujetos internos de la sociedad son enemigos (arriba B I b). No queda claro si se convierten en externos a la sociedad a raíz de su comportamiento. Además, se puede observar que la diferenciación entre individuo y persona del derecho, en la cual se basa el desarrollo del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs, parte de un concepto erróneo del ser humano, y la misma, junto a la teoría del Estado de Hegel, también utilizada por Jakobs, no es sostenible¹⁰⁷ ni es compatible con el orden de valores de nuestra Constitución, la cual ni siquiera es considerada por Jakobs.

Con esto sólo basta para rechazar la doctrina del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs, el cual permite tratar a los seres humanos como animales, eliminarlos y decidir, según cuestiones prácticas. No obstante, la falta de claridad terminológica y los fundamentos pocos sólidos hacen aparecer al enemigo y al Derecho Penal del Enemigo de Jakobs como fantasmas, que deben ser quitados definitivamente del ámbito de la realidad. La doctrina del Derecho Penal del Enemigo desarrollada por Jakobs, no es compatible con los conceptos valorativos de la Ley Fundamental, y que además, demuestra una cercanía fatal a conceptos sobre el ser humano en el pasado¹⁰⁸, que no deberían ser admitidos en la actual realidad, todo lo cual lle-

va al rechazo del Derecho Penal del Enemigo, tanto de lege lata como también de lege ferenda.

b) Cuando Jakobs alega que el Derecho Penal y Procesal Penal Alemán e internacional está entremezclado con normas del Derecho Penal del Enemigo, por lo cual hace referencia solamente a un Derecho Penal del Enemigo ya existente¹⁰⁹, no tiene en cuenta el carácter del Estado de derecho de nuestra Ley Fundamental, la cual, como es obvio, casi no menciona. Ello rige independientemente del hecho que algunos critiquen las normas, las cuales son consideradas por Jakobs como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo, como demasiado extensas y desproporcionadas, lo que aquí no podrá ser desarrollado¹¹⁰.

II. Lucha contra el terrorismo moderno

No se debe dejar de lado el problema del terrorismo moderno ideológico (ETA; FARC) o religioso (islamismo: New York 2001; Madrid 2004; Londres 2005) como tampoco de la prisión de Guantánamo, en la cual se llevaron a cabo métodos desmesurados de interrogar, que luego se extendieron a Afganistán e Irak¹¹¹. De acuerdo con el contenido de la doctrina de Jakobs, se encuentra la resolución del tribunal de segunda instancia de Richmond/Virginia que declaró admisible mantener en prisión por tiempo indeterminado al ciudadano americano José Padilla, por considerarlo combatiente enemigo en razón de su pertenencia a la organización terrorista Al Qaida¹¹².

Las tendencias erróneas en el exterior y en Alemania, por ejemplo a través de leyes desmesuradas de seguridad¹¹³, no son una razón para introducir en el país una «persecución de delitos mediante guerra»¹¹⁴. Ello en primer lugar llevaría a dificultades con relación a la detección de los «enemigos». Los terroristas no usan uniformes. ¿Debería llevar la sospecha de ser enemigo al abandono del principio de la inocencia¹¹⁵ y la aplicación de medidas del Derecho Penal del Enemigo, hasta la eliminación, cuando la utilidad lo requiera? Como surge de los acontecimientos en Afganistán e Irak, el combate del terrorismo en guerra no tiene éxito¹¹⁶, es más, lo refuerza. Además, los límites con el derecho de guerra vigente no son claros, el cual tiene como objeto disputas violentas entre Estados, lo que significaría incluir a los terroristas violentos, a los autores de delitos económicos actuando en banda y los jóvenes rebeldes, de Francia, en noviembre de 2005, dentro de las leyes del estado de guerra y con ello la protección del Reglamento de La Haya sobre la guerra te-

107. Correctamente Dux, *Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten*. ZRP 2003, 189, 194 clasifica la doctrina de Jakobs, la cual se basa en ello, como una «terminología antigua y totalitaria».

108. Vid. también Schönemann (nota 81), pág. 212.

109. Vid. también Sauer (nota 74), pág. 1703.

110. Vid. por ejemplo Dux (nota 102), pág. 189 y Sauer (nota 74), pág. 1705.

111. Nota en el periódico *Süddeutsche Zeitung* N° 224 del 28/09/2005, pág. 4.

112. Nota en el periódico *FAZ* N° 212/37 D del 12/09/2005, pág. 4.

113. Vid. Así Jakobs HRRS (nota 1), pág. 93.

114. Así Jakobs HRRS (nota 1), pág. 93.

115. Vid. Schulz (nota 29), pág. 660.

116. Vid. Schönemann, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung*. GA 2003, 298, 312 s.

restre del 18/10/1907 y los cuatro convenios adicionales de Ginebra del 12/08/1949. Esta conclusión exigiría que el ejército federal pudiera intervenir con su arsenal bélico, incluyendo el medio de la eliminación, en delitos sexuales, los cuales son considerados por Jakobs expresamente como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo. Todo lo cual debe ser caracterizado como totalmente desmesurado, dado que el Derecho Penal vigente es suficiente para la persecución de delitos y la lucha en estos casos, incluyendo los delitos caracterizados por Jakobs como pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo. El Derecho

Penal vigente naturalmente no evita la comisión de todos los delitos, lo cual no es posible de forma suficiente para ningún delito imaginable, ni siquiera, conforme lo desarrollado arriba, mediante una persecución bélica. También los terroristas violentos pueden y deben ser reconocidos y combatidos conforme al derecho local y con medios del Estado de Derecho, reconociéndoles plenamente sus derechos humanos por el solo hecho de su nacimiento. No existe la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo propio, que finalmente no significaría otra cosa que la deshumanización del Derecho Penal.