

Crónica



Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el "Derecho penal del enemigo"

Francisco Muñoz Conde

"Protegi il tuo simile, distruggi tutto il resto"

Cuando en mayo de 1985 en la Ponencia presentada en el Congreso de Penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main, el Profesor Günther Jakobs utilizó por primera vez la expresión "Feindstrafrecht" ("Derecho penal del enemigo") para denominar un Derecho penal opuesto al "Derecho penal del ciudadano", lo hizo más bien en un tono crítico, advirtiendo del peligro que podía representar ese Derecho penal en aquel momento incipiente que cada vez con mayor profusión sancionaba conductas que se realizaban en un estadio anterior a una puesta en peligro del bien jurídico, para un Estado de libertades y para las "ataaduras" que en ese Estado de libertades suponen un límite al ejercicio ilimitado del poder punitivo. "Estas ataduras, decía entonces Günther Jakobs, son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado"¹. Por aquel entonces no pudo el citado profesor, bastante crítico como se ve con el por él denominado "Derecho penal del enemigo", siquiera sospechar el debate científico y político que iba a desencadenar en los siguientes años con dicho concepto, cuando en lugar de emplearlo en el tono crítico antes reseñado, lo hizo posteriormente de una manera más bien aporahatoria cuando no legitimadora de su existencia.

En efecto, en otra Ponencia presentada en un Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999, el mismo Günther Jakobs, a diferencia de lo que decía en su anterior trabajo, asumía abiertamente la necesidad de un tal "Derecho penal

del enemigo", no ya como un derecho excepcional, sino como otra clase de Derecho penal, sin duda desagradable, pero inevitable, al que a veces tiene que recurrir la sociedad para el mantenimiento de la seguridad cognitiva frente a los que de un modo permanente se mantienen al margen del sistema social y lo atacan. La característica de este Derecho penal no sería ya sólo la anticipación de su intervención en hechos alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino también la utilización de penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad, y la derogación o reducción de algunas de las garantías que concede el Estado de Derecho al imputado en el proceso penal².

Este paso de una mera descripción, pero crítica, de la existencia de un "Derecho penal del enemigo", como algo excepcional e incompatible con el Estado de libertades, a una abierta admisión e incluso legitimación del mismo lo ha completado luego Jakobs en otros trabajos publicados posteriormente a su Ponencia de Berlín³, suscitando con ello un amplio debate teórico y político.

Ya en el mismo Congreso de Berlín, en las palabras de clausura pronunciadas por el Prof. Albin Eser, y en las crónicas y comentarios a dicho Congreso de Schulz y Schünemann, surgieron las primeras críticas a la posición de Jakobs, advirtiendo del peligro que la admisión de la misma representaba para el Estado de Derecho y para una concepción liberal, humana y democrática del Derecho penal. También yo me hice eco de esas críticas en una entrevista que me hicieron en la Revista electrónica de Derecho penal, y en diversos trabajos publicados posteriormente en los que me he ocupado extensamente del tema, y a los que me remito⁴.

1 Cfr. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (1985), págs. 751 y ss. (hay traducción al español de Enrique Peñaranda Ramos, publicada con el título "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", publicada en: Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, las páginas en las que habla del "derecho penal de enemigos", sic en esta traducción española, son las 322 y 323).

2 Cfr. JAKOBS, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart", en: Eser/Hassemer/Burkhard (Edit.), 2000, págs. 47 y ss. (hay traducción española de Teresa Manso, recogida en la versión española de este libro, *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, edición a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia 2004, págs. 53 y ss.

3 Véase, por ejemplo, su trabajo "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht" ("Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo"), traducido al español por Cancio Melia y publicado en: JAKOBS/CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003 (también publicado en la editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005).

4 Véase: Entrevista al Profesor Muñoz Conde, en <http://criminet.ugr.es/recpc>. Un primer y breve comentario sobre el tema apareció como artículo en el diario EL PAIS, 19 enero 2001, y luego más extensamente me he ocupado de él en conferencias, cursos, y

Tras la publicación de mi último trabajo, "De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo" (publicado primero como artículo en esta misma *Revista Penal*, 2005, y con algunas adiciones y un prólogo, como monografía en la editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005), en el que prácticamente citaba toda la bibliografía existente en ese momento sobre el tema, han aparecido luego otros trabajos de los Profesores Tatjana Hörnle⁵, Luis Greco⁶ y Kai Ambos⁷, además de una amplia referencia en la 4.^a edición del tomo I del *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, del Profesor Claus Roxin⁸.

En general, en casi toda la bibliografía que se ocupa expresa y monográficamente sobre el concepto propuesto por Jakobs, la mayoría de los autores muestra sus reservas, cuando no claramente su rechazo a dicho concepto, alegando diversas razones, que varían de autor en autor, pero que normalmente coinciden en criticar su ambigüedad, su imprecisión conceptual y sobre todo su incompatibilidad con principios básicos, incluso de carácter constitucional y reconocidos internacionalmente como derechos fundamentales, como los principios de proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, presunción de inocencia, etc. Especialmente clara en este sentido es la postura que adopta Claus Roxin en la última edición de la 4.^a edición de su *Strafrecht*, cuando, de forma resumida pero contundente, rechaza el concepto "Feindstrafrecht" tanto si se le utiliza como un concepto puramente descriptivo, como denunciatorio crítico, o como afirmativo legitimador⁹.

Pero en estos últimos meses la polémica sobre el "Derecho penal del enemigo" ha ido en aumento hasta el punto de convertirse en el tema central, no ya sólo de trabajos, artículos y monografías que siguen apareciendo sin cesar, sino de varios Congresos y reuniones científicas celebradas tanto dentro como fuera de Alemania, en los que incluso de un modo monográfico se discute el tema o se le dedican secciones enteras, se le analiza y generalmente se le critica y rechaza, si bien muchos reconocen el acierto que ha tenido Jakobs al acuñar una expresión en la que incluir esa parte oscura del Derecho penal, que casi todo el mundo rechaza, pero cuya existencia es indudable e incluso tiende cada vez más hacia una expansión ilimitada. Y es que guste o no, lo que el mismo Jakobs denunciaba en 1985 como un Derecho penal incompatible con el Estado de libertades, se ha con-

vertido en algo cada vez más frecuente en los Estados que no sólo reconocen esas libertades, sino que hacen del respeto y la garantía de las mismas la razón de ser de su propia esencia. Y si como decía Jakobs en 1985, "la existencia de un Derecho penal de enemigos no es, por tanto, señal de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida no existe", es ciertamente preocupante que cada vez más frecuentemente se detecten en los Estados modernos un aumento de leyes y actuaciones gubernativas que claramente se pueden incluir en el concepto elaborado en su día por Günther Jakobs, y que obviamente representan, como denunciaba Jakobs en 1985, no "la fortaleza del Estado de libertades" sino su debilitamiento o su inexistencia.

Pero lo que en 1985 para Jakobs era lamentable y sólo en circunstancias excepcionales podía admitirse, a partir de 1999 y en estos últimos años se ha convertido para él en algo sin duda también lamentable, pero inevitable e incluso necesario para mantener la "seguridad cognitiva" y la confianza de los ciudadanos en la eficacia del Derecho penal. Si a eso se le añade el arsenal teórico conceptual con el que ahora dicho autor rodea su construcción, con frases tales como "el enemigo no es efectivamente persona", "se trata de la seguridad ante una fuente de peligro, como frente a un animal salvaje", "el Estado no puede tratar como persona a quien no da suficiente garantía de su conducta, porque de lo contrario lesionaría el derecho a la seguridad de las otras personas", etc., etc., admitiendo finalmente que "no hay alternativas a ese Derecho penal del enemigo", tenemos la perfecta descripción de un cuadro en el que cada uno puede después poner los hechos y personas que quiera, simplemente calificando a todo lo que meta en ese cuadro como enemigo, o si se prefiere la terminología acuñada por la Administración Bush como "enemigo combatiente", arrojándolo al fuego eterno de la marginación social y jurídica, en un estado intermedio entre el de una simple cosa, un animal y la mera corporalidad como "corpus nudo", desprovisto de todo derecho, probablemente incluso del derecho más elemental a la vida y la integridad física. Detrás de eso puede venir, aunque a Jakobs no le guste y seguramente lo rechaza, Guantánamo, Abu Chraig, la tortura como medio legítimo de obtención de pruebas, las Comisiones militares, la supresión del derecho a la defensa, y como corolario de todo ello la pena de muerte. Naturalmente, eso sólo afectará a

en diversos trabajos publica en distintos países y momentos, entre los que destaco: "De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo" (publicado primero como artículo en esta misma *Revista Penal*, n.º 16, 2005, y con algunas adiciones y un prólogo, como monografía en la editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005), y mi Ponencia al Congreso de Trento recogida como Apéndice I al final de esta crónica.

⁵ Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs "Feindstrafrecht", en: Goldammer's Archiv, 2006, págs. 80 y ss.

⁶ Über das sogenannte Feindstrafrecht", en: Goldammer's Archiv, 2006, págs. 96 y ss.

⁷ Feindstrafrecht, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 124, 2006, págs. 1 y ss.

⁸ Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.^a edición, Munich 2006, págs. 55 y ss. (num. marg. 126 a 129).

⁹ Cfr. Roxin, *Strafrecht* cit. En el mismo sentido también su discípulo Greco, ob. cit. a.; y Ambos, ob. cit., pág. 17.

los llamados enemigos; para el resto sigue vigente el Estado de Derecho, con todos sus principios y garantías elaboradas por la más refinada Dogmática jurídico penal que conforman el llamando "Derecho penal del ciudadano", aplicable a los "fieles al Derecho", que alguna vez hayan tenido la tentación de apartarse de él o la mala suerte de caer accidentalmente en sus redes¹⁰.

Nada de esto es nuevo, y cualquiera que conozca el Derecho penal de las dictaduras habidas y aún existentes en cualquier parte del mundo, sabe hasta dónde se puede llegar por esa vía. Y estas construcciones teóricas que defienden o legitiman la existencia de un derecho y un tratamiento jurídico especial distinto para los llamados "enemigos" no son sólo de ahora, patrocinadas por algunos altos cargos responsables de la Administración norteamericana del Presidente Bush y algunos juristas afines a la misma en relación con el tratamiento de los presos en la base americana de Guantánamo y la práctica de la tortura con los presos iraquíes en la cárcel de Abu Chraig, sino que tiene inmediatos precedentes en la praxis de los Estados totalitarios europeos de la primera mitad del siglo XX, en los Campos de Concentración de Dachau y Auschwitz, y en el pensamiento de famosos e ilustres pensadores y juristas, como el politólogo e ideólogo nazi Carl Schmitt y el penalista Edmund Mezger que, junto con su colega muniqués Franz Exner, se esforzó en elaborar para el régimen nazi un Proyecto para el tratamiento de los llamados "extraños o enemigos de la comunidad", en el que se preveía la castración de los homosexuales, la esterilización de los que podía esperarse alguna herencia indeseable y el internamiento indefinido en campos de concentración de los "delincuentes por tendencia" y, por tanto, irrecuperables¹¹. Ideas totalitarias que han existido y parece que desgraciadamente seguirán existiendo como último recurso al que se acoge el poder, cuando ve como una amenaza todo lo que pueda perturbar de forma relevante sus intereses o su sistema social de convivencia, y que se pueden condensar en la frase acuñada por el fascismo italiano:

"¡Protegi il tuo simile, distruggi tutto il resto!"

De ahí que sea siempre interesante y conveniente, pero especialmente en estos momentos, que se discutan y debatan estos temas en Congresos, como los habidos en el mes de marzo 2006 en las ciudades de Trento y Frankfurt am Main, cuya crónica se hace seguidamente, añadiendo

como Apéndice I la Ponencia presentada por el autor de esta crónica en el Congreso de Trento, y como Apéndice II la entrevista que con motivo del Congreso de Frankfurt se le hizo en el diario alemán "Tageszeitung" al Profesor Winfried Hassemer, Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, quien pronunció además la conferencia inaugural de dicho Congreso sobre "Strafrecht und Sicherheit", cuyo traducción española será publicada más adelante.

1. El Congreso de Trento

Los días 10 y 11 de marzo del 2006 tuvo lugar en la histórica ciudad italiana de Trento un Congreso bajo el título "Delito político e diritto penale del nemico". El evento fue coordinado científicamente por la Asociación Franco Bricola de Bologna, y el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Trento, y estuvo dedicado a la memoria del historiador Mario Sbriccoli. En él participaron penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho italianos (Ruggiero, Galli, Donniri, Padovani, Fiandaca, Kostoris, Fronza y Politi), españoles (González Cussac, Quintero Olivares, Muñoz Conde), croata (Pavisić), norteamericano (Salas), suizo (Roth) y el propio Jakobs, en torno a cuyo concepto "Derecho penal del enemigo" giraron la mayoría de las ponencias.

El Congreso se estructuró en cuatro Sesiones científicas. En la Sesión I se pusieron de relieve los antecedentes ideológicos e históricos legislativos del Derecho penal del enemigo, normalmente vinculado a etapas políticas autoritarias y a construcciones teóricas afines a las mismas. Así, por ejemplo, el politólogo Carlo Calli expuso en su Ponencia las relaciones existentes entre la construcción del Derecho penal del enemigo y las tesis de Carl Schmitt sobre el "amigo-enemigo". Y el sociólogo Vincenzo Ruggiero habló de las diversas formas de reacción que a través de la historia ha suscitado la violencia en el ámbito político, desde el viejo delito de sedición hasta las formas actuales de terrorismo. El penalista pisano Tullio Padovani se refirió a la elaboración del concepto de "delito político" en la legislación italiana del siglo XIX, en el Código penal Zannardelli, y en los penalistas italianos liberales de aquella época como Francesco Carrara. El autor de esta crónica recordó el Derecho penal de excepción vigente en la dictadura franquista y cómo poco a poco fue desmontándose en la transición democrática y en la etapa democrática, en la que sin embargo también se han producido

10 Aunque no cabe excluir que a fuerza de expansionarse en esta dirección, todo el Derecho penal termine por convertirse en un "Derecho penal del enemigo", considerando como tal a todos los delincuentes, de lo que ya advertía HASSEMER, en su artículo "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz", recogido en: HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, traducción de María del Mar Díaz Pita y Francisco Muñoz Conde (Valencia 1999; Bogotá, 2000).

11 Véase al respecto mi libro "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo", 4.ª ed., Valencia 2004, passim, así como los diversos trabajos que sobre este mismo autor he publicado en Revista Penal, Nueva Doctrina Penal, Revista de Derecho penal, y en lengua alemana en el Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, tomos 3, 4 y 6, entre 2001 y 2005.

retrocesos sobre todo en materia de terrorismo y en recientes reformas del Código penal español en el 2003 (véase infra Apéndice I).

En la Sesión II se expusieron las categorías conceptuales y sistemáticas, comenzando con la Ponencia de Jakobs, en la que una vez más desarrolló su concepción ya conocida por haberse publicado anteriormente en alemán y español, y a la que hemos aludido anteriormente; pero en esta Ponencia presentada por escrito en versión alemana e italiana, añadía unas páginas expresamente escritas para este Congreso (pero que no llegó a leer), en las que refirió como ejemplos del Derecho penal del enemigo la reciente ley alemana que permite derribar a un avión de pasajeros cuando secuestrado por unos terroristas se dirige contra un objetivo (por cierto, recientemente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal), e incluso la práctica de la tortura, en circunstancias extremas (véase, mi opinión al respecto, infra Apéndice I). Este planteamiento fue contestado en la misma Sesión por González Cussac, quien, de la mano de algunos ejemplos extraídos de la legislación española antiterrorista y de la reciente jurisprudencia del TS español en materia de cómputo de penas a los efectos de conceder la libertad condicional a terroristas, puso de relieve cómo estos ejemplos de derecho penal del enemigo cuestionan principios básicos del Estado de derecho como el de igualdad, legalidad, culpabilidad y presunción de inocencia. En la misma línea se pronunciaron los profesores Fiandaca y Domini, considerando este último en su Ponencia "los derechos fundamentales como algo consustancial a la democracia y como límites tanto al Derecho penal normal, como al de "guerra".

En la Sesión III se expusieron algunos aspectos de la legislación penal interna de diversos países que reflejan la tendencia hacia un Derecho penal del enemigo, destacando en este sentido especialmente la Ponencia del norteamericano, de origen cubano, Luis Salas, en la que describió con profusión de datos los excesos legislativos que en esta línea se han dado en los Estados Unidos tras el atentado del 11 de septiembre de 2001, y las actuaciones de la Administración Bush en relación con la situación jurídica de los presos en Guantánamo, así como algunas decisiones de la Corte Suprema norteamericana respecto a esta situación. De las particularidades del terrorismo islamista se ocupaba la Ponencia de Quintero Olivares, quien, a última hora, no pudo acudir al Congreso y no pudo, por tanto, exponerla oralmente.

La Sesión IV se dedicó al Derecho penal del enemigo en el Derecho penal internacional, que cada vez está adquiriendo mayor importancia y actualidad desde la aprobación de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma. La cuestión que aquí se plantea, expuesta por la Profesora de Trento Emanuelle Fronza, es hasta qué punto son aplicables en este ámbito los principios y garantías que rigen en el Derecho penal interno. La citada profesora distinguió en su Ponencia entre la reacción cuasi bélica o totalmente bélica, y por tanto controlada todo lo más por un Derecho penal de guerra, frente al "enemigo actual", es

decir, como amenaza presente y real a la propia existencia del Estado, y la reacción frente al "enemigo derrotado", que obviamente deja de ser una amenaza real para convertirse en un sujeto, que en la medida en que haya cometido crímenes de guerra, genocidio o contra la Humanidad, debe ser juzgado conforme a las normas del Derecho penal internacional, en las que con algunas particularidades deben regir los mismos principios y garantías que en el Derecho penal interno. Exposiciones interesantes, también desde este punto de vista y con referencias al actual funcionamiento de la Corte penal internacional, hicieron en sus respectivas ponencias Roth, Pavšić y una funcionaria de la Corte Penal Internacional que habló en nombre del miembro de dicha Corte Mauro Politi que no pudo asistir al evento.

En el Apéndice I de esta crónica se adjunta la Ponencia que presentó a este Congreso el autor de esta crónica.

2. El Congreso de Frankfurt

Los días 24 a 26 de marzo tuvo lugar en Frankfurt am Main el 30. Congreso de los Abogados penalistas alemanes bajo el título genérico "Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit?" ("¿Cuánta seguridad necesita la libertad?"). A dicho Congreso asistieron más de quinientos participantes, y una de sus sesiones se dedicó íntegramente a discutir el concepto de "Derecho penal del enemigo" propuesto por Jakobs. La conferencia inaugural corrió a cargo del Profesor y Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, Winfried Hassemer, quien disertó sobre "Sicherheit durch Strafrecht" ("Seguridad a través del Derecho penal"), advirtiendo de los peligros que para el Estado de Derecho suponen las recientes reformas penales en Alemania, orientadas fundamentalmente hacia la seguridad a costa de la reducción de las garantías y principios básicos del Derecho penal material y del proceso penal. En el Apéndice II de esta Crónica se adjunta la entrevista que con motivo de este Congreso le hizo el diario alemán "Tageszeitung" (véase infra), quedando para otra ocasión la publicación de la traducción al español de su interesante conferencia.

Dicha conferencia constituyó el marco en el que siguió la discusión estructurada en siete grupos de trabajo sobre los siguientes temas: "Sentido y fin de la pena" (1), "Derecho penal del enemigo" (2), "La defensa penal de los ciudadanos extranjeros" (3), "Ejecución de la pena de prisión" (4), "El derecho a no declarar como testigo" (5), "Administración de Justicia y medios de comunicación" (6), y "Acuerdos y conformidad ("Deal") en el proceso penal" (7).

Por razones de espacio y tiempo, me limitaré tan sólo a exponer las intervenciones y conclusiones adoptadas en el Grupo de trabajo 2, dedicado íntegramente a discutir el tema del "Derecho penal del enemigo". Esta discusión fue especialmente interesante por tratarse de un Congreso de juristas prácticos, es decir, de abogados alemanes especializados en la defensa en el proceso penal y, por tanto, especialmente afectados por las cuestiones relacionadas con

el Derecho penal del enemigo. La Asociación de Abogados penalistas es además una Asociación preocupada por el tema del respeto a los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, desde que se constituyó en Hamburgo en 1977 por un grupo de abogados jóvenes alarmados ante el peligro que podían suponer para esos derechos y el Estado de Derecho las leyes penales antiterroristas aprobadas en Alemania como consecuencia de los atentados terroristas que se cometieron por el grupo en aquella época.

Durante todo un día se discutió la Ponencia de Jakobs, en la que éste defendió sus conocidas tesis de que frente a determinados tipos de sujetos (por él denominados como "enemigos"), que de forma permanente se apartan de los valores fundamentales de la sociedad y se integran en estructuras criminales, hay que utilizar un Derecho penal especial, distinto al Derecho penal normal aplicable al resto de los ciudadanos. Para Jakobs, estos sujetos no pueden ser tratados como personas con todos sus derechos, y el legislador debe reaccionar frente a ellos con métodos que pueden ir más lejos de lo que permita el Estado de Derecho.

Paradójicamente, muchos de los intervinientes en este Grupo de trabajo aceptan esta descripción de Jakobs, precisamente para incluir en ella y denunciar las recientes reformas penales habidas en Alemania en materia de terrorismo, criminalidad organizada, internamiento en custodia de seguridad, utilización de grandes escuchas en el ámbito domiciliario, etc. Pero inmediatamente surgió la cuestión de la legitimidad de un tal Derecho penal del enemigo y de su compatibilidad con el Estado de Derecho. Desde este punto de vista, el profesor friburgués Jörg Arnold habló de la necesidad de oponer un "frente de resistencia jurídico" a tales tendencias. Por su parte el también profesor de Derecho penal, Frank Saliger, denunció la ambigüedad de la posición de Jakobs que nada entre lo puramente descriptivo y la legitimidad de su concepto, pero sobre todo la amplitud del mismo, en el que cabe incluir desde la tortura y situaciones como la de los presos de Cuatánamo, hasta la prisión preventiva, pasando por cualquier otra norma o práctica que más o menos pueda rozar los límites del Estado de Derecho. Pero también hubo referencias muy concretas a lo que puede ser la realidad y práctica de un Derecho penal del enemigo en la ponencia del Profesor colombiano, Alejandro Aponte, que fue discípulo en Saarbrücken de Sandro Baratta, con el que se doctoró con una tesis luego publicada con el título "Krieg und Feindstrafrecht" ("Guerra y Derecho penal del enemigo")¹². Aponte se refirió a la situación de "cuasi guerra civil" que vive su país y la legislación excepcional

que allí existe contra la guerrilla y los narcotraficantes y a una praxis policial, militar y judicial, en la que se recurre a todos los medios, legales e ilegales, para conseguir objetivos, que luego no se alcanzan, pero que violan claramente derechos fundamentales y principios básicos del Estado de Derecho.

Frente a estas críticas, Jakobs mantiene sus tesis, insistiendo en que es una simple descripción de una realidad que, guste o no, está presente en el actual Derecho penal, y a la que el Estado de Derecho tampoco puede renunciar so pena de ofrecer a los terroristas un pedestal en el que apoyarse para atacar al propio Estado de Derecho. Después de todo, dice Jakobs, "el terrorista no es el compañero del club con el que se juega una competición deportiva"¹³.

Tras la discusión se aprobaron las siguientes

CONCLUSIONES DEL 30.º CONGRESO DE LOS ABOGADOS PENALISTAS ALEMANES EN RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El Derecho penal del enemigo: Un fantasma se cierne sobre el Estado de Derecho

1. El Derecho penal del enemigo de Jakobs muestra una evolución de su originaria actitud crítica a una posterior concepción afirmativa fortalecida de este tipo de Derecho penal.
2. El Derecho penal del enemigo es una creación basada en un positivismo radical.
3. No deja de ser problemática la extendida asunción de una posible concepción analítico-crítica del Derecho penal del enemigo.
4. El Derecho penal del enemigo de Jakobs muestra en sus elementos teóricos centrales características totalitarias contrarias a la libertad.
5. El Derecho penal del enemigo se ha mostrado en la práctica como ineficaz y contraproducente para luchar contra la criminalidad, como se ha mostrado en el ejemplo de Colombia. El enemigo en el Derecho penal del enemigo es un enemigo construido.
6. Debe renunciarse al Derecho penal del enemigo.

APÉNDICE I: DELITO POLÍTICO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Francisco Muñoz Conde, Sevilla

Permítaseme que para empezar haga una autocita. Hace exactamente treinta años, en la 1.ª y 2.ª edición de mi *De-*

¹² Nomos Verlag, Baden Baden 2004. Véase también del mismo autor, "Derecho penal de enemigo en Colombia. Entre la Paz y la guerra", en: Derecho penal liberal y dignidad humana, Libro Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez, Bogotá, 2005, págs. 27 y ss.

¹³ Véase la crónica de este Congreso realizada por Christian Rath y publicada en el diario alemán "Die Tageszeitung", 27 marzo 2006.

recho penal, *Parte Especial*, Sevilla, 1976, pág. 484, decía respecto a la primera cuestión objeto de esta ponencia ("Delito político") lo siguiente:

"El Estado que protege sus intereses con el Derecho penal no es un ente abstracto, sino uno concreto, con una determinada constitución y régimen político, fruto de una determinada correlación de fuerzas sociales en cada momento histórico. Un Estado totalitario negador de las libertades políticas fundamentales, que no reconoce los partidos políticos, que impide a la oposición política acceder al poder por los medios legales, es un Estado que engendra un Derecho penal totalitario y antidemocrático, porque lo utiliza como un arma más de defensa de sus intereses y de esa situación. La lucha contra un Estado de este tipo convierte al que lo intenta en un "delincuente", al que por más que añadamos el calificativo de "político", nunca ahorraremos las medidas represoras punitivas que ha tenido que arrostrar para defender una alternativa política más libre.

La postura del penalista ante este problema no puede ser la de un jurisdicismo aséptico y descomprometido. La Ciencia del Derecho penal en la medida que acepta el Derecho penal para interpretarlo y sistematizarlo lo acepta también para criticarlo, convirtiéndose así en una Ciencia crítica del Derecho penal.

Pero no basta con esa crítica. El penalista debe unir su voz a la de tantos otros ciudadanos, solicitando la abolición de las leyes que impiden el ejercicio de derechos fundamentales y reclamando la más amplia y generosa amnistía para las personas que hayan sido condenadas en base a esas leyes, aunque éstas no se encuentren siempre en el Código penal".

Con ello me refería naturalmente al Derecho penal de la dictadura franquista, que se despidió con la ejecución a finales de septiembre de 1975 de cinco penas de muerte impuestas por Tribunales militares en Consejos de Guerra sumarísimos a presuntos miembros de grupos terroristas acusados de diversos atentados y asesinatos. Dos meses más tarde, moría el dictador Francisco Franco, y en España comenzaba a vislumbrarse un nuevo régimen de libertades, basado en los principios fundamentales del Estado de Derecho y del respeto al pluralismo político y tolerancia propios de un régimen democrático. Naturalmente el camino hacia ese nuevo régimen no fue un camino de rosas y requirió, por supuesto, ante todo y sobre el desmantelamiento de todo el aparato represivo y punitivo característico de la dictadura, comenzando por la concesión de una amplia y generosa amnistía para quienes habían sido condenados por haberla combatido, simplemente ejercitando los derechos a la libertad de expresión, de reunión o asociación reconocidos en los países del entorno europeo en el que cual queríamos integrarnos.

Años más tarde y ya en pleno proceso de desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, tal como se define el español en el art. 1 de la Constitución de 1978, volvía en posteriores ediciones de mi *Derecho penal, Parte Especial*, antes citado, a transcribir el citado párrafo, pero añadía, ante la ola de atentados terroristas que no cesaron durante toda la transición política y buena parte del período democrático hasta prácticamente estos últimos años, lo siguiente:

"Pero tampoco se puede ignorar que a veces el calificativo de 'político' se emplea para disfrazar o justificar los más brutales atentados terroristas contra la vida y la integridad de las personas cometidos por motivaciones políticas.

La postura del penalista ante estos problemas no puede ser la de un jurisdicismo aséptico y descomprometido. El penalista debe ser consciente de la ambigüedad del concepto de 'delito político' (cfr. por ejemplo, art. 13 CE: "cláusula de no excepción a la extradición por delito político en caso de terrorismo") y elaborarlo en función de un sistema de valores que no puede ser otro que el del Estado social y democrático de Derecho, como se define en el art. 1 de la Constitución de 1978. En un Estado de este tipo, la misión del penalista debe consistir, en esta materia, en profundizar la protección penal de las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, procurando que el Derecho penal no sea utilizado para limitar o recortar el ejercicio de esos derechos, pero también condenado el empleo de la violencia como forma de consecución de fines políticos, tanto cuando se emplea contra el Estado, como cuando desde el Estado mismo se utilizan también medios ilegales violentos, aunque se disfracen con la apariencia de legalidad"¹⁴.

Durante estos treinta años, el Derecho penal español se ha ido adaptando, con mejor o peor fortuna, tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial y doctrinal, al marco del Estado social y democrático de Derecho y a los Pactos internacionales de Derechos humanos, a las Directivas establecidas por la Unión Europea y a las decisiones del Tribunal europeo de Derechos humanos.

Ese proceso de adaptación comenzó con las primeras reformas impulsadas por el Gobierno de la UCD de Adolfo Suárez, como consecuencia de los Pactos de la Moncloa elaborados en 1978 por las fuerzas políticas parlamentarias tras las primeras elecciones libres de 1977, y que tenían por objeto sobre todo eliminar los preceptos más característicos del Código penal franquista contrario a los principios del nuevo Estado democrático de Derecho, sobre todo en el ámbito de los llamados delitos políticos relacionados con la libertad de expresión, asociación, etc., pero también de la moral sexual¹⁵. En esta línea continuaron las reformas del Gobierno socialista de Feli-

¹⁴ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia 2004, pág. 751.

¹⁵ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Reformas penales 1977*, en Cuadernos de Política Criminal, 1977.

pe González de 1983¹⁶ y 1989¹⁷, que al mismo tiempo que una mayor profundización en la protección penal de los valores democráticos, fueron introduciendo en el viejo Código penal nuevos delitos contra la salud pública y el medio ambiente, o configurando de una manera distinta los delitos sexuales atendiendo sobre todo a la protección de la libertad sexual, o reduciendo la excesiva penalidad de los delitos contra la propiedad. Por supuesto, también se hicieron reformas menos liberales sobre todo en relación con los delitos de terrorismo, ante la continuada actividad de la banda terrorista ETA, que incluso han aumentado su intensidad punitiva hasta límites casi transgresores de los principios básicos del Estado de Derecho. Pero en estos casos, la Jurisprudencia, sobre todo constitucional, ha declarado inconstitucionales preceptos como la punición de la apología del terrorismo¹⁸, o de determinadas formas de colaboración en banda armada o terrorista¹⁹, el régimen máximo de detención policial sin control judicial²⁰, la utilización de determinadas pruebas obtenidas ilícitamente, como las grabaciones de conversaciones telefónicas sin el debido control judicial o sin cumplir los requisitos exigidos para ello por el Tribunal europeo de Derechos humanos²¹, o la revisión de la valoración de la prueba testifical por el Tribunal de apelación sin oír de nuevo directamente a los testigos²², o la valoración como prueba de la declaración de un imputado contra otro coimputado²³, etc.

Ni siquiera el Código penal de 1995, con todo lo que pueda criticarse su desmesurada extensión, sobre todo en su Parte Especial, o la excesiva utilización de instrumentos legislativos como los delitos de peligro abstracto o las normas penales en blanco para proteger bienes jurídicos poco precisos o difusos, característica de lo que los penalistas de la Escuela de Frankfurt llaman "moderno" Derecho penal, excede del marco constitucional respetuoso con los principios básicos del Estado de Derecho.

No obstante, en los últimos años del Gobierno del Partido Popular de José María Aznar, se produjeron diversas reformas del Código penal de 1995, que reflejan tendencias involucionistas y autoritarias, como las de la "tolerancia cero" o, en la terminología de Jakobs, del "Derecho penal del enemigo"²⁴, en relación sobre todo con el tratamiento de la reincidencia y la delincuencia habitual contra la propiedad, los malos tratos en el ámbito familiar o la violencia de género, el narcotráfico, el incremento del máximo de duración de la pena de prisión a los cuarenta años para los delitos de terrorismo, con muchas restricciones para que los autores de estos delitos puedan acceder a la libertad condicional antes de ese período, e incluso criminalizando determinadas formas de financiación de partidos con ideas afines a las de la banda terrorista, o la convocatoria de un referéndum para plantear el derecho a la autodeterminación del País Vasco. Mi opinión respecto a estas reformas del 2003, la he expresado clara y críticamente en diversos trabajos²⁴ y en las últimas ediciones de mi Parte General²⁵ y Parte Especial²⁶, coincidiendo con una buena parte de la doctrina que también se ha rechazado por su incompatibilidad con los principios básicos inherentes al propio Derecho penal, como el de legalidad y determinación, el de intervención mínima y ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, e incluso con preceptos constitucionales referentes a derechos fundamentales.

Naturalmente soy consciente de que en los momentos actuales, el terrorismo internacional, la criminalidad organizada, la violencia racista, el renacimiento de los grupos neofascistas y neonazis, entre otros problemas, representan una grave amenaza para las sociedades democráticas y para una convivencia pacífica y organizada conforme a principios constitucionales respetuosos con el Estado de Derecho y con los derechos fundamentales reconocidos tanto nacional, como internacionalmente. Pero el reto para el jurista consiste precisamente en decidir si los actuales Estados democráticos pueden, para evitar o prevenir, estas

16 Véase Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Francisco MUÑOZ CONDE, La reforma penal de 1983, Barcelona 1983 (2.ª ed., 1984).

17 Véase Francisco MUÑOZ CONDE/Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Mercedes GARCÍA ARÁN, La reforma penal de 1989, Madrid 1989.

18 STC 17 diciembre 1987.

19 STC 20 junio 1999.

20 STC 17 diciembre 1987.

21 STC 18 octubre 2003; véase al respecto Francisco MUÑOZ CONDE, Valoración de los medios audiovisuales en el proceso penal, Buenos Aires 2004.

22 STC 18 septiembre 2002; véase al respecto Francisco MUÑOZ CONDE, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 2.ª edición, Buenos Aires, 2003, págs. 66 y ss.

23 STC diciembre 2005 (sobre el criterio jurisprudencial anterior Francisco MUÑOZ CONDE, La búsqueda cit. nota ant., págs. 69 y ss.

24 Francisco MUÑOZ CONDE, Las reformas de la Parte Especial del Código penal español del 2003, de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo, en Revista de derecho penal, Buenos Aires, 2004, n.º 2 (también publicado en www.pgj.ma.gov.br, y como breve monografía bajo el título "De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo", en el Instituto Centroamericano de Estudios penales, Managua 2005.

25 Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 6.ª edición. Valencia 2004, págs. 490, 531.

26 Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 15.ª edición, Valencia 2004, Prólogo y págs. 116, 382 y 817.

amenazas recurrir a sistemas represivos que no respeten esos principios. En definitiva, decidir si el Estado de Derecho puede legítimamente, para defenderse de sus "enemigos" (y el problema adicional es cómo definir al "enemigo"), utilizar medios que van contra estos principios, sin perder por ello su cualidad de Estado de Derecho y convertirse, por tanto, en un Estado de "No Derecho" (es decir, en un "Unrechtsstaat, que es el término que se utiliza en alemán para calificar el régimen nacionalsocialista).

El dilema está gráficamente muy bien expresado en el resumen final de la ponencia que presenta a este Congreso el Profesor Jakobs:

"Im Recht gibt es ein absolutes Folterverbot, schlicht als begrifflicher Inhalt des Rechts, aber das Problem lautet anders, nämlich ob der Staat immer und gegenüber jedermann im Recht bleiben kann" ("En el Derecho hay una prohibición absoluta de torturar, simplemente como contenido conceptual del Derecho, pero el problema es otro, es decir, si el Estado siempre y frente a cualquiera puede permanecer en el Derecho").

En efecto, tiene razón Jakobs al plantear como problema si el Estado debe atenerse siempre y frente a cualquiera al Derecho que el propio Estado ha creado. La tentación del poder es, ha sido y será siempre recurrir a medidas extrajurídicas, cuando ve amenazados sus intereses o al menos los intereses que representa o defiende. Las últimas reformas en materia de terrorismo impulsadas por los Gobiernos en USA, Inglaterra o Alemania, demuestran que los Gobiernos de éstos y otros muchos países quieren utilizar en estos momentos sistemas de control de los ciudadanos sospechosos que van más allá de lo que permiten los principios del Estado de Derecho, e incluso las normas internacionales sobre el tratamiento de los reclusos o prisioneros de guerra. El Patriot Act y la Prisión de Guantánamo son la expresión más clara de estas tendencias.

Pero incluso en USA, esta situación jurídica excepcional es cuestionada y aún estamos pendientes de la decisión de la Corte Suprema USA respecto a la constitucionalidad de dichas medidas, en las que no olvidemos se prevén Co-

misiones militares dependientes del Secretario de Defensa para juzgar y, en su caso, imponer penas de muerte a los detenidos calificados de "enemigos combatientes" en la Prisión de Guantánamo; detenciones gubernativas sin derecho a habeas corpus, registros domiciliarios y de correspondencia o escuchas telefónicas sin control judicial²⁷.

En Inglaterra, la Cámara de los Lores se ha pronunciado en contra de medidas similares propuestas por el Gobierno laborista de Tony Blair²⁸, y en Alemania el Bundesverfassungsgericht ha declarado inconstitucional la Ley que permitía las "Grosse Lauschangriffe", es decir, graves intromisiones en la más estricta intimidad de los ciudadanos sospechosos mediante el empleo de medios de grabación audiovisuales para obtener pruebas en algunos casos de criminalidad grave²⁹, o más recientemente el precepto la Ley de Seguridad aérea que permitía el derribo de un avión de pasajeros secuestrado por terroristas que lo dirigían a un objetivo humano capaz de producir daños catastróficos.

Desde luego no cabe duda de que muchos de estos preceptos claramente inconstitucionales y declarados como tales por los Tribunales encargados de esta tarea en estos países, reflejan las características de lo que el Profesor Günter Jakobs denomina "Feindstrafrecht" ("Derecho penal del enemigo")³⁰:

(1) Anticipación de la intervención del Derecho penal a conductas alejadas de la lesión o incluso puesta en peligro de un bien jurídico,

(2) imposición de penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, y, sobre todo,

(3) reducción cuando no absoluta eliminación de los derechos procesales del imputado a la presunción de inocencia, habeas corpus, asistencia de abogado, etc.

La cuestión que, a mi juicio, plantea este "Derecho penal del enemigo" es, y con esto paso a la segunda parte de mi exposición y del título este Congreso, si estas formas en las que aparece a los ojos de la comunidad jurídica, tal como Jakobs las describe, están aún dentro de los principios del Estado de Derecho y del respeto a los derechos

27 Sobre la situación jurídica de los presos de Guantánamo y la posibilidad de que puedan invocar el habeas corpus, véase Sentencias de la Corte Suprema USA en los casos Hamdi y Padilla, de 2004, y el comentario de las mismas que hace FLETCHER, ¿Ciudadanos o personas?, traducción española de Antonio Muñoz Aunión, publicado en Revista Penal, 2005.

28 El texto de la sentencia de las Cámaras de los Lores, se puede ver en www.parliament.the.stationery-office.co.uk.

29 BVerfGE 3 marzo 2004 (véase comentario a la misma en Francisco MUÑOZ CONDE, Valoración de los medios audiovisuales cit. pág. 50).

30 Expresión que ya utilizó en su Ponencia al Congreso de Penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main, en 1987, pero que desarrolló más ampliamente en su ponencia al Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999, recogida luego en el volumen Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende, Berlín 2000 (hay traducción española de este volumen y de la ponencia de Jakobs, en "El derecho penal ante el cambio de milenio", coordinada por Francisco MUÑOZ CONDE, Valencia 2003, la ponencia de Jakobs está traducida por Teresa Manso). Posteriormente Jakobs ha realizado varias publicaciones más sobre el tema, véase, por ejemplo, JABOKS/CANCIO MELIA, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003 (publicada también en Buenos Aires, 2005). Para una crítica tanto desde el punto de vista teórico-filosófico como ideológico, véase Francisco MUÑOZ CONDE, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, Buenos Aires, 2005, con ulteriores referencias bibliográficas. En general la opinión que he podido percibir tanto en la doctrina española, como en la de habla alemana en torno a la tesis de Jakobs, es bastante crítica y de rechazo de esta tesis; véase, por todos, recientemente, Claus ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., München 2006, págs. 55 y ss.

fundamentales reconocidos en las Constituciones de los países democráticos y de los Pactos internacionales de derechos civiles.

Tomemos como ejemplo el mencionado específicamente por el Profesor Jakobs al final de su ponencia: la tortura. Por supuesto que la tortura es en muchos países una amarga realidad y, desde luego, hay pruebas más que evidentes de que se practica o se ha practicado contra presos islamistas en las prisiones de Abu Chraig o de Guantánamo. Por este lado, pues, "nihil novum sub sole". Pero de esta realidad no se puede extraer ninguna consecuencia normativa, o por decirlo por una terminología más acorde con la que utiliza el Profesor Jakobs, de la realidad fáctica de la práctica de la tortura no puede deducirse una norma que la permita o la admita como algo sin duda desagradable, pero inevitable, sino más bien lo contrario: negarle cualquier valor normativo a esa realidad fáctica y enfrentarse a la misma "contrafácticamente", es decir, con la sanción penal de los que han violado las normas, tanto nacionales como internacionales, que prohíben los malos tratos y la tortura, cualquiera que sea la finalidad que pretendan alcanzar los que la practiquen. Lo que el jurista respetuoso con esas normas tiene que hacer es, pues, a mi juicio, denunciar la tortura como un grave delito nacional e internacional lo cometa quien lo cometa, llevar a sus responsables ante los Tribunales nacionales o internacionales y decir que el Estado que justifica o permite estos excesos es un Estado de "No Derecho", igual que lo fueron el régimen nazi o fascista, el franquista o el estalinista, el de los Militares argentinos o el del General Pinochet en Chile, y lo son, lo han sido y lo serán tantos otros, que, de forma más o menos encubierta, utilizan sistemas de represión brutal, contrarios a los derechos humanos y a la sensibilidad humana más elemental, para asegurar sus intereses o sistemas políticos.

Mi discrepancia en este punto con Jakobs no consiste, por tanto, en negar la realidad de un "Derecho penal del enemigo" y de sus manifestaciones más preocupantes, de las que hay en estos momentos muestras más que evidentes en mucho Estados, incluso democráticos, sino en considerar, como jurista respetuoso con los parámetros del Estado de Derecho y como ciudadano que quiere vivir en un régimen de libertades que respete los derechos fundamentales, que hay que rechazar enérgicamente, y no meramente describir, cualquier precepto o legislación penal o administrativa o de cualquier otro tipo que sea contraria a los principios de legalidad y certeza, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, derecho a habeas corpus y a un juicio imparcial y justo ante el Juez natural, o que permita la utilización y valoración de pruebas obtenidas ilegalmente y con violación de derechos fundamentales; porque estos principios constituyen la base y el fundamento de nuestro sistema de organización jurídica de la convivencia, que tanto trabajo, sangre, sudor y lágrimas ha costado establecer y que, al menos teóricamente, siguen en el frontispicio de nuestros textos constitucionales nacionales y en las declaraciones internacionales de derechos humanos.

Mi postura respecto al "Derecho penal del enemigo", tanto en el ámbito político, como en cualquier otro ámbito, es, pues, de rechazo pleno y total, en la medida en que el mismo suponga la admisión e incluso legitimación de una parte del Derecho penal incompatible con estos principios. Y ello independientemente de que lo que aquí digo sea o no "políticamente correcto", cosa que por lo demás nunca me ha preocupado lo más mínimo, porque la única ambición que he tenido en mi vida es la de ser sólo un Profesor de derecho que pretende transmitir a sus alumnos los principios y conocimientos que creo más adecuados para el desenvolvimiento de una sociedad justa, democrática y pluralista, que afortunadamente todavía veo recogidos en los textos jurídicos fundamentales y constitucionales de los países hoy aquí representados.

APÉNDICE II: ENTREVISTA CON EL PROF. WINFRIED HASSEMER, VICEPRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (*)

(*) Realizada por Christian Rath y publicada en la edición dominical, 25/26 marzo 2006, del diario alemán "Die Tageszeitung". Traducción de la Dra. Marta Muñoz Aurión.

¿Necesitamos un derecho penal del enemigo, Sr. Hassemer?

"Aprender a vivir con riesgos"

Para Winfried Hassemer, "si se contempla al acusado exclusivamente como a un enemigo se estaría atentando contra la dignidad humana; algo completamente inaceptable". El Vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán advierte sobre la tendencia a una desmedida protección frente al peligro.

(Realiza la entrevista: Christian Rath.)

Abreviaturas: Taz: Tageszeitung. WH: Winfried Hassemer)

Taz: Señor Hassemer, este fin de semana en el marco de las Jornadas de los abogados penalistas se discutió sobre la creación de un "Derecho Penal del enemigo". ¿Qué significa esto exactamente?

WH: El concepto de un "Derecho Penal del enemigo" establece una diferencia entre un "Derecho Penal del ciudadano", según el cual el acusado disfruta de las garantías legales propias de un Estado de Derecho que aseguran un proceso justo, y un "Derecho penal del enemigo" con menos reparos, cuyo centro ocupa sobre todo la seguridad de la sociedad.

Taz: ¿Necesitamos un "Derecho Penal del enemigo"?

WH: Si no se ve al acusado como a una persona sino exclusivamente como a un enemigo, se estaría atentando contra la dignidad humana, algo completamente inaceptable.

Taz: Salvo el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, Gunther Jakobs, nadie propaga un "Derecho Penal del enemigo". No obstante, cada vez se discute más sobre el mismo. ¿Sólo por ser una cuestión tan polémica?

WH: No. El "Derecho Penal del enemigo" es un símbolo en el que se concentran varias cosas. Muestra el precio que algunos hoy están dispuestos a pagar por la seguridad. El concepto del "Derecho Penal del enemigo" es bastante clarificador a la hora de describir las tendencias actuales en el Derecho Penal, que se está convirtiendo en un Derecho de la seguridad.

Taz: El Derecho Penal estuvo siempre al servicio de la seguridad...

WH: Antiguamente la pena se sostenía por sí misma, estaba al servicio de la venganza, de la expiación de una mala acción. Fue durante el siglo pasado cuando se impuso masivamente la idea de que el Derecho Penal ha de apuntar hacia metas preventivas, buscando la resocialización del condenado, la intimidación del criminal en potencia y el refuerzo de la confianza en la norma del resto de la población.

Taz: ¿Algo que objetar al aspecto preventivo?

WH: En absoluto. Ante la Constitución sólo podemos justificar penas estatales si persiguen una meta razonable y la prevención de delitos es una meta evidentemente razonable. Un Derecho penal puramente revanchista no se sostiene ante la Constitución. Pero prevengo contra abusos si la reflexión sobre la seguridad determina un exceso de Derecho Penal. Pues la protección frente a los peligros tiende a la desmesura. Si un delincuente es peligroso, se puede llegar finalmente a la idea de que hay que encerrarlo basta que deje de serlo.

Taz: ¿Cuál es la desmesura en ello?

WH: Que se pierde de vista lo que ha hecho el delincuente hasta ese momento. Una característica del Derecho Penal debe seguir siendo que la pena siempre se oriente según la gravedad del delito. Y sólo de forma absolutamente excepcional puede aplicarse paralelamente la medida de internamiento en custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) para delincuentes continuamente peligrosos. Esto significa que el autor no es puesto en libertad una vez cumplida la pena, sino que permanece bajo la custodia estatal.

Taz: ¿Representa el internamiento en custodia de seguridad uno de esos abusos del Derecho Penal sobre los que usted llama la atención?

WH: Me parece legítimo que la sociedad se otorgue ese instrumento para protegerse de los riesgos. Pero preferiría vivir en una sociedad sin él.

Taz: ¿Por qué?

WH: Creo que aquí se evidencia una pérdida de confianza en Dios o en el mundo. Las personas tienen hoy más miedo al crimen que antes. No porque haya más cri-

menes, sino porque están desapareciendo valores orientativos, porque las sociedades modernas implican muchos y espectaculares riesgos y esto aumenta la necesidad de control.

Taz: ¿Cómo reacciona usted como Magistrado del Tribunal Constitucional ante esto?

WH: El Tribunal Constitucional ha de aceptar que existe un internamiento en custodia de seguridad. Así lo ha decidido el Poder Legislativo sin violar la Constitución. Pero el Tribunal vigila para que la utilización de este radical instrumento sea racional, para que la peligrosidad de un delincuente tenga que ser atestiguada por peritos bien formados y para que una y otra vez se compruebe si persiste esa peligrosidad.

Taz: El anterior Canciller Gerhard Schröder dijo una vez que al delincuente sexual había "que encerrarlo de por vida"...

WH: "Encerrar de por vida" no es un concepto razonable. La prevención no funciona así. Si una persona deja de ser peligrosa, debe de abandonar el internamiento en custodia de seguridad.

Taz: ¿Qué otros abusos ve en el Derecho Penal?

WH: Me parece grave que el legislador introduzca cada vez más delitos de peligro abstracto. Aquí no se penaliza el daño de bienes jurídicos como la salud, el patrimonio o el honor, sino su mera puesta en peligro. A este grupo pertenecen aspectos importantes del Derecho Penal sobre los estupefacientes, la economía o la penalización de organizaciones criminales y terroristas.

Taz: Delitos de peligro abstracto siempre ha habido. Un conductor es sancionado si conduce ebrio aunque no haya herido o puesto en peligro a nadie.

WH: Sí, es cierto. Es comprensible que en una sociedad de alto riesgo no se espere a que haya beridos sino que se castigue el comportamiento peligroso. También aquí prevengo contra exageraciones, contra excesos en relación a esos tipos penales. Aquí se diluye la ilicitud de la acción concreta y se difumina la culpabilidad individual. Esto conduce a que el Derecho Penal no se tome en serio.

Taz: ¿Qué quiere decir con eso?

WH: No es casualidad que los acuerdos y conformidades que se dan en el proceso penal se apliquen sobre todo en esos delitos de peligro abstracto. A nadie se le ocurriría pactar sobre la culpabilidad en caso de asesinato. En cambio, esto es lo que se hace en casos de delitos relacionados con la protección del medio ambiente o en casos complicados de estafas de subvenciones. En estas situaciones no hay suficiente interés para averiguar qué ha pasado realmente y cómo ha de calibrarse el hecho desde el punto de vista del Derecho Penal. Al mismo tiempo se dejan de lado garantías del Estado de Derecho. Con el acuerdo entre el Ministerio Fiscal y el acusado no se asegura que alguien sea procesado solamente si se demuestra su culpa-

bilidad, y lo que en el fondo se hace es renunciar a la completa práctica de las pruebas.

Taz: El Ministro del Interior Wolfgang Schäuble ha propuesto que en el futuro se pueda penalizar la visita a un campamento de instrucción de terroristas. ¿También es esto un delito de peligro abstracto?

WH: Claro. Porque también aquí se penaliza un comportamiento mucho antes de que llegue a ser un delito de lesión.

Taz: ¿Y usted considera que desde un punto de vista político criminal esto es erróneo?

WH: Yo me atengo a la antigua máxima según la cual el Derecho Penal es la última ratio, es decir, el último instrumento. Lo que es posible con los instrumentos del Derecho policial, no debería ser resuelto con los del Derecho Penal.

Taz: Con ello rehabilita usted al anterior Ministro del Interior Otto Schily, que había solicitado un arresto de seguridad puramente policial para islamistas peligrosos que no podían ser expulsados del país.

WH: Si digo que, en caso de duda, el Derecho policial ha de tener prioridad no significa que se pueda hacer con él lo que uno quiera. También aquí existen límites propios de un Estado de Derecho, por ejemplo el principio de la proporcionalidad de los instrumentos.

Taz: Schily propuso un arresto de seguridad de varios meses para personas que aún no han cometido un delito. ¿Es esto proporcional?

WH: Sobre esta cuestión prefiero no opinar pues me vería comprometido si alguna vez tenemos que emitir una decisión sobre una ley así.

Taz: En las Jornadas de Abogados penalistas que se han celebrado este fin de semana usted es el principal ponente. ¿Cuál es su mensaje?

WH: Apelo a los abogados defensores penalistas y a los penalistas liberales a tomar en serio la necesidad de seguridad de las personas. No tiene sentido librar batallas defensivas contra el paradigma de la seguridad, porque en los próximos años permanecerá probablemente dominante. Para mí lo más importante es dar forma a este Derecho penal de la seguridad dentro del marco del Estado de Derecho. Hemos de explicar a la sociedad que el pensamiento sobre la seguridad encuentra límites en el Derecho Penal y que la sociedad ha de aprender a vivir con riesgos.

Taz: Alemania ha endurecido algunas leyes tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 pero no el Derecho Penal. ¿Le alegra?

WH: Algunos afirman que Alemania, comparada con otros Estados occidentales, es una isla de los bienaventurados en relación a la protección jurídica de los acusados. No es del todo falso. Pero eso puede cambiar rápidamente si alguna vez vivimos aquí un atentado como el de Madrid.

Die taz. 25/26 de Marzo, 2006 (Traducción de Marta Muñoz Aunión, Doctora en Historia).

Nota bibliográfica:

Thomas Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.). "Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat", Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Berlin 2006, 383 págs.

Poco a poco, con algo de lentitud, pero con la profundidad que caracteriza a la Ciencia jurídica alemana, el concepto del "Derecho penal del enemigo" propuesto por el Profesor jubilado de Derecho penal de la Universidad de Bonn Günther Jakobs, está siendo objeto de debate también en su país de origen. A los trabajos recientemente aparecidos en el volumen correspondiente a febrero del 2006 en el *Goldammer's Archiv*, y a las consideraciones críticas que sobre la tesis de Jakobs hace Roxin en la 4.^a edición del tomo primero de su Tratado de Derecho penal, aparecida también a principios de 2006, se añade ahora este volumen que recoge las ponencias e intervenciones habidas sobre este tema en el Congreso de Abogados Penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main en marzo del 2006. De todo ello, además del Congreso celebrado también en marzo del mismo año en Trento sobre el mismo tema, informamos en nuestra Crónica en este mismo tomo de la Revista Penal. Pero parece necesario dar además noticia de la aparición de este impresionante volumen, editado por Thomas Uwer y la Oficina de la Asociación de Abogados penalistas alemanes. Bajo el lema "Por favor, mantengan la calma. Vivir en el Estado del derecho del enemigo", se contienen 17 trabajos de diversos autores, procedentes tanto de la praxis, como de la teoría jurídicopenal y criminológica; casi todos ellos bastante críticos, incluso algunos muy críticos con la tesis de Jakobs. Así, por ejemplo, sirva como muestra el trabajo del profesor Detlev Krauss, quien analiza la evolución de Jakobs desde su primera referencia al "Feindstrafrecht" en el Congreso de Frankfurt de 1985, hasta su intervención en el de Berlín en 1999, y paralelamente expone la evolución legislativa que se ha producido en estos años en muchos países, donde la tendencia hacia un "Derecho penal del enemigo" es cada vez más evidente, como lo demuestra la anómala situación jurídica de los presos en la Base americana de Guantánamo. En la misma línea crítica se mueve Ulfried Neumann quien además critica el concepto de Jakobs del enemigo como "Unperson", es decir, como "no persona", que supone privarle de derechos que son básicos en el Estado de Derecho y que deben reconocérseles a todo ser humano. Pero sobre todo critica la indeterminación del concepto de "enemigo", que permite incluir en él a los delincuentes sexuales, a los económicos, a los narcotraficantes, a los terroristas, a los pertenecientes a la "criminalidad organizada" y, en el fondo, a cualquier disidente, cuando no a simples delincuentes comunes habituales; es decir, a todo el que no viva comúnmente dentro de los patrones más o menos rígidos del sistema social, o lo cuestionen de forma más o menos violenta.

Algunos de los autores recuerdan los antecedentes de la construcción de Jakobs en el pensamiento del politólogo nazi Carl Schmitt y en su distinción entre "amigo y enemigo" que permitía diferenciar distintos niveles de respuesta jurídica o distintos modelos de derecho, uno para los "amigos" y otro para los "enemigos". El editor de este volumen, Thomas Uwer considera que esta tesis favorece un pensamiento favorable a la "guerra civil", en la que única forma de acabar con el adversario es su eliminación física y no ya sólo su derrota. Y para los que hayan olvidado ya la experiencia de la Guerra civil española u otras más recientes como las habidas en la ex Yugoslavia, Alejandro Aponé se encarga de analizar las consecuencias de un "Derecho penal del enemigo" en un país casi abocado a una guerra civil como es la actual Colombia, donde el Derecho penal se ha convertido en un peligro más, antes que en un arma para la protección frente al peligro. En ésta y otras aportaciones se analizan distintos modelos de "Derecho penal del enemigo" en algunos países. Así, por ejemplo, David Cole analiza las leyes antiterroristas contra extranjeros en USA, verdadero peligro para los derechos civiles en ese país. Y Philipp Tbiée estudia la concepción islamista fundamentalista del Derecho precisamente como un claro ejemplo del "Derecho penal del enemigo", es decir, como un derecho de guerra contra los que en la concepción fundamentalista del Islam se consideran "enemigos", es decir, los llamados infieles: judíos y cristianos.

Interesantes son también las contribuciones de los criminólogos Franz Streng y Peter Alexander Albrecht. El primero considera que en el "Derecho penal del enemigo" se echan por la borda de forma injustificada las garantías del Estado de Derecho, aunque sea sólo en relación determinados grupos de personas. El segundo recuerda la semejanza entre las tesis de Jakobs y el tratamiento que en la época nazi se le dio a los delincuentes habituales y los llamados "parásitos sociales", pero también a los judíos y polacos. Por su parte, Hauke Brunkhorst critica la posibilidad de que con la tesis de Jakobs se llegue a admitir lo que él llama la "tortura de salvamento", es decir, el empleo de métodos en los interrogatorios de los sospechosos que pueden entrar claramente en la definición de tortura. Baste sólo con citar los métodos recomendados por la Administración Bush y por su Secretario de Estado Rumms-

feld para el interrogatorio de los presos de Guantánamo y Abu Chraig, para ver hasta qué punto esto es algo más que una pura hipótesis teórica.

El actual Estado de Derecho ha surgido precisamente para evitar esos excesos que tanto dolor, muerte y desolación causaron en la muy civilizada Europa durante los regímenes dictatoriales de la primera mitad del siglo XX, y aún causan en muchas otras partes del mundo. Frente a ellos no cabe una actitud meramente descriptiva. Y el mejor ejemplo de que hay muchos juristas que no están dispuestos a mantener una actitud de este tipo frente a los peligros que encierra la concepción de un "Derecho penal del enemigo" para el Estado de Derecho y los derechos humanos fundamentales, es este libro. Como señala Horst Meier en su comentario al mismo y en un artículo publicado en Merkur, Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken (del que hay una versión resumida en la edición dominical del Tageszeitung, 20/21 mayo), el que crea que con un tal derecho de excepción sólo serán afectados los "enemigos", puede llegar a ver en su propia carne antes de lo que piensa cómo lo que hoy parecen derechos fundamentales pueden ser suspendidos para todos en cualquier momento de crisis sea éste producido por un atentado terrorista, por la guerra del petróleo, por el conflicto palestino-israelí o por cualquier otro similar a nivel nacional o internacional.

Quizás todas estas críticas formuladas en su propio país y en su propia lengua, lleven al Profesor Jakobs a reflexionar sobre las consecuencias a que puede conducir su concepción del "Derecho penal del enemigo", y a revisar y matizar algunas de las que parecen a los ojos de la mayoría de los que se han ocupado de su tesis, más criticables; o por lo menos le bagan adoptar una actitud menos destemplada que la que mantuvo en Bogotá en la Universidad Externado en octubre de 2004, abandonando el aula, cuando el Profesor Fernando Velásquez criticaba su tesis desde el punto de vista de la realidad latinoamericana; o en la agria carta que le escribió al autor de esta nota como respuesta a las críticas, bastante suaves por lo demás en relación con las que actualmente se le dirigen, que había formulado en una entrevista publicada en la Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Granada.

Sistemas penales comparados



Noticias

Fallecimiento Prof. Efraín Torres Chaves

A última hora hemos conocido el fallecimiento de nuestro querido colega, el Prof. Efraín Torres Chaves, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central de Ecuador. El Prof. Torres Chaves ha participado en todos los números de Revista Penal, publicación a la que se sentía muy unido, y de la que siempre ha sido un extraordinario embajador. Sus crónicas nos aproximaban muy vivamente a la realidad jurídico penal y criminológica de su país. Sentimos mucho la pérdida de este gran amigo y penalista.

Biblioteca de la Universidad de Göttingen

La Universidad de Göttingen ha creado, en el Instituto de Ciencias Criminales y bajo la dirección del Prof. Dr. Kai Ambos, una importantísima biblioteca sobre Derecho Penal, Procesal Penal, Justicia Penal, Derecho Penal Internacional y Revistas extranjeras. La información puede consultarse en:

<http://jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Biblio.html>