

## **Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?\***

Karolina Víquez A.\*

Doctoranda de la Universidad de Hamburgo, Alemania  
Karolina.va@costarricense.cr

### **Resumen**

En el presente ensayo se realiza una breve exposición de las principales características que componen al concepto que el profesor Günther Jakobs denomina Derecho penal del enemigo. A continuación, se contrapone el citado Derecho al concepto de quimera, con el fin de descubrir si el Derecho penal del enemigo se trata de una mera descripción compuesta de elementos irreales o si por el contrario podría llegar a constituirse como un modelo futuro en pro del mantenimiento de la seguridad ciudadana. Finalmente, se puntualiza en la necesidad de reflexionar sobre el futuro de un Derecho penal a merced de la protección de peligros y no de libertades.

**Palabras Clave:** Ciudadano, enemigo, Estado de Derecho, seguridad, peligro, libertad.

### **Zusammenfassung**

In der vorliegenden Abhandlung werden die Hauptmerkmale des Begriffs aufgezeigt, den Professor Günther Jakobs als Feindstrafrecht bezeichnet. Anschließend wird das oben genannte Recht dem Begriff der Chimäre gegenübergestellt, um zu untersuchen, ob es sich beim Feindstrafrecht lediglich um eine Beschreibung handelt, die sich aus unrealen Elementen zusammensetzt, oder ob es sich, im Gegensatz dazu, zu einem zukünftigen Modell zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Sicherheit der Bürger entwickeln könnte. Es wird schließlich die Notwendigkeit verdeutlicht, sich mit der Zukunft des Feindstrafrechts, sofern diese der Gefahrenvorbeugung dient, und nicht der Willkür verfällt, auseinanderzusetzen.

**Stichwörter:** Bürger, Feind, Rechtsstaat, Sicherheit, Gefahr, Freiheit.

### **Introducción**

El término quimera o quimérico se usa a menudo metafóricamente para describir cosas que tienen atributos combinados procedentes de fuentes diferentes. Por ejemplo, dentro de la mitología griega se le conoce con el nombre de un monstruo mítico con partes de cabra, león y serpiente. Una criatura monstruosa creada por diversos enemigos. Asimismo, en la actualidad dentro del vocabulario popular se conoce como quimera aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo. Es decir, como fantasía.

---

\* Artículo recibido el 6 de noviembre de 2006 y aprobado para publicación el 24 de enero de 2007.

\* Agradezco a mi colega María Laura Böhm por sus acertadas críticas.

En el desarrollo de este ensayo se pretende, en forma general, exponer similitudes entre los conceptos citados y el conjunto de enunciados considerados válidos para el estudio de lo que hoy conocemos como Derecho penal del enemigo. Para poder entender esta relación partiré por describir el Derecho penal del enemigo como quimera, señalando los principales atributos que lo componen, su pretensión de proteger a la sociedad ante un peligro inminente, los métodos con que este Derecho pretende eliminar al enemigo, el objeto de hacerlo y sus efectos negativos. Luego cuestionaré el concepto de quimera cómo fantasía y \ o engaño, respuesta que se hallará por medio de una breve descripción del fenómeno de “expansión del Derecho penal”.

Por otra parte, estudiaré la posibilidad de situar al Derecho penal del enemigo como un modelo futuro, sus consecuencias inmediatas y su diferenciación del Derecho penal vigente. Lo que permitirá, al menos en forma general, una perspectiva de cómo el mismo se ha desarrollado y de las diferentes concepciones dogmáticas que lo integran. Por último, me referiré al rol del Estado de Derecho en la discusión del Derecho penal del enemigo y a la interacción entre política, enemistad y guerra como conceptos inherentes, dejando así los elementos necesarios, para responder a la pregunta que motiva la realización del presente ensayo.

## 1. Descripción de la quimera

El concepto de Derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por Günther Jakobs a partir de una primera fase en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estadio previo a una lesión” del bien jurídico. En esta ponencia, Jakobs manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el Estado liberal; tesis que en aquél momento no tuvo mayor trascendencia. Y es, a partir del Congreso de Berlín de 1999 que surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Diferente fue la reacción crítica entre los juristas alemanes después de la intervención de Jakobs en este Congreso,<sup>1</sup> principalmente por la diferenciación que el autor propone entre el Derecho penal del ciudadano dirigido a *personas* y el Derecho penal del enemigo destinado a no *personas* y que es, según Jakobs, necesario para combatir por ejemplo el terrorismo.

Para poder describir el Derecho penal del enemigo como una quimera, debemos partir por señalar los atributos combinados procedentes de fuentes diferentes que lo componen. En primer lugar, dentro de la primera fase señalada por este autor en 1985, al Derecho penal del enemigo lo componen aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos penales se apartan de la pretensión del Derecho penal de la “normalidad”, puesto que al faltar la lesión al bien jurídico, la punibilidad encuentra fundamento en la sola peligrosidad del autor manifestada en una acción dirigida a la realización de un hecho futuro.

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. Traducido por MANSO, Teresa. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinadores Alemanes). *La Ciencia del Derecho Penal Ante El Nuevo Milenio*. Coordinador: CONDE MUÑOZ, Francisco. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 53-64, p. 53.

En este mismo contexto, Jakobs pretende explicar la existencia de dichos tipos penales, señalando al inciso segundo (Abs. 2) del artículo 30 del Código Penal Alemán (§ 30 StGB)<sup>2</sup> referido a la tentativa de participación, dado que para él existe una contradicción entre los principios generales del Código Penal Alemán y el inciso segundo mencionado. Y es en este punto, que este autor principia a denunciar el rol del Estado de Derecho en relación con la descripción del Derecho penal del enemigo. De ahí, que el mismo cite al artículo 30 referido, por considerar que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa punible constituye un postulado de primera clase entre los propios de un “Estado de Derecho”.<sup>3</sup>

Para este autor, en un Estado de Derecho no se puede hacer responsable a un sujeto de lo que le es interno, y con esto, no solo se refiere a la libertad de pensamiento sino al entero “ámbito privado”.<sup>4</sup> De esta forma, en términos generales esta normativa refleja el escepticismo de la comunidad ante un peligro. De ahí que, por ejemplo, a través de dichos tipos penales se criminalicen comportamientos que representen la sola permanencia a una organización criminal, es decir, que representen peligrosidad social.

Para Jakobs la doctrina penal como protección de bienes jurídicos tampoco realiza contribución alguna en la limitación de la “anticipación de la punibilidad”,<sup>5</sup> la misma “induce a creer en la

---

<sup>2</sup> Jakobs cita el artículo 30 (§ 30) del Código penal alemán (StGB): “Tentativa de participación (1) Quien intente persuadir a otro para cometer un crimen o instigarlo a ello, será castigado conforme a las disposiciones relativas a tentativa del crimen. Sin embargo, se debe atenuar la pena según el § 49, párrafo 1.º Se aplicará análogamente el § 23, apartado 3.º (2) Del mismo modo será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien concierte con otro para cometer un crimen o lo instigue a esto”. CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB) del 15 de mayo de 1871, con la sexta Reforma del 26 de enero de 1998. Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 63. Jakobs señala que: “La punibilidad de la preparación del delito a través de la figura de la tentativa de participación degrada el límite de la tentativa, en todos los delitos graves (§ 12, apartado 1.º StGB) que son preparados en calidad de autores o de inductores por una pluralidad de personas, a la categoría de un límite relativo al marco de la pena, de importancia más bien secundaria; sin embargo, ello es aceptado como si fuese compatible con el sentido de una estricta delimitación de la tentativa punible. Valga esto como ejemplo de la mencionada «carencia de principios”. JAKOBS, Günther. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”. *ZStW.* n° 97, 1985, p. 751-785, p.752. Se cita aquí como parámetro la traducción de: JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. Traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Madrid: Civitas, 1997, p. 293-324, p. 294. Para Jakobs el concepto de consumación es un concepto apenas formal, la “consumación se va a orientar a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales que es el estadio previo”. JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 751.

<sup>3</sup> “En casi todos los comentarios de la parte general del StGB (Código Penal Alemán) se califica la delimitación de la tentativa punible como un postulado de primer rango del Estado de derecho”. JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 752. En este mismo sentido, Prittitz señala que “el Jakobs de 1985 mantuvo como el reconocimiento al ciudadano de una esfera de libertad frente al Estado, (y esto) constituye uno de los presupuestos que definen al Derecho penal propio de un Estado liberal y garantista, es decir, de un Estado de Derecho”. PRITTWITZ, Cornelius. “Derecho penal del enemigo : análisis crítico o programa del derecho penal”. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 107-119, p. 107.

<sup>4</sup> “La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto”. JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 773.

<sup>5</sup> JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 752. Jakobs considera que una concepción errada del principio de protección de bienes jurídicos, permite una anticipación de la punibilidad. “El sujeto activo pierde así su esfera privada, su esfera de libertades, derechos y garantías, y es concebido tan solo como fuente de peligro. El agente se convierte en consecuencia, en un enemigo del bien jurídico”. JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 753. Para este autor, el derecho penal debe garantizar la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.

legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se puede calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos”.<sup>6</sup> Así observado, desde la protección de estos, “el sujeto activo de la conducta viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro”.<sup>7</sup> Siguiendo esta tesis, se justifica la función manifiesta de la pena como la eliminación de un peligro, puesto que el sujeto activo de la conducta, observado limitadamente desde la protección de bienes jurídicos, es concebido tan solo como “fuente de peligro”. Y sería este el segundo atributo, aquí planteado, del Derecho penal del enemigo.

Este sujeto peligroso, etiquetado como enemigo se caracteriza por haber abandonado el Derecho en forma permanente, son los delincuentes que se desvían por principio, que no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Y a fin de hacerles frente, se necesita establecer una confrontación clara entre los mismos y la sociedad, una guerra entre el Estado y el enemigo mediante su inocuización. Por lo que, no se trata en primera línea del castigo de una causación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso.<sup>8</sup> Se traslada la atención desde la revuelta en sí al revoltoso, esto es, del Derecho penal del hecho al “Derecho penal de autor”.<sup>9</sup> Un Derecho penal de autor que algunos relacionan con una «cacería de brujas, “una cruzada contra malhechores

---

<sup>6</sup>JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 752/753.

<sup>7</sup>JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 753.

<sup>8</sup> NAUCKE, Wolfgang. “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht“. *Krit V.* n° 1, 1993, p. 135-162, p. 145. Lo que podría causar la paradoja, de que por ejemplo, “el asesinato de una persona le interesaría al Derecho penal, sobre todo, como un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida individual que es necesario preservar”. NAUCKE, “Schwerpunktverlagerungen”, p. 139. Debe señalarse aquí, que como apunta Lesch “una regulación del Derecho de orden público que persigue la defensa de peligros (..) no se encuentra tan sola en las correspondientes normas de Derecho administrativo sancionador, sino que también se halla en el Código Penal, (el autor se refiere aquí al Código penal Español) por ejemplo en los artículos 95 y ss., de la misma manera que sucede en el StGB (Código penal alemán) en los §§ 61 y ss. Según esto, el juez puede imponer para la protección de la generalidad las denominadas medidas de seguridad (en Alemania «Maßregeln der Besserung und Sicherung»)". LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Traducido por SÁNCHEZ Javier. Madrid: Dykinson, 1999, p. 2.

<sup>9</sup> “El Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor”. CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿«Derecho Penal» del Enemigo?”. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 102, p. 93. Véase también Roxin, quién se refiere a que las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt, presionan en la dirección del Derecho penal de autor. “Así sucede que, aunque es cierto que bajo la vigencia del StGB (Código Penal Alemán) nunca se ha prescindido del Derecho penal del hecho, sin embargo este siempre a tenido que enfrentarse a las influencias (cambiantes según las épocas en su configuración y intensidad) del Derecho penal de autor y que integrarlas en su seno”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por LUZÓN PEÑA, Manuel; DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, Manuel; DE VICENTE REMESAL, Javier. Madrid: Civitas, 1997, p. 177.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

archimalvados” o más recientemente una “cacería de fantasmas” ». <sup>10</sup> Se trata por lo tanto, más de “enemigos en este sentido pseudo religioso que en la acepción tradicional-militar del término”. <sup>11</sup>

Y finalmente en tercer lugar, el atributo a considerar es, que el Derecho penal del ciudadano nunca se separará por completo del Derecho penal del enemigo. Aun cuando el Derecho penal del ciudadano, se caracterice por el mantenimiento de la vigencia de la norma, <sup>12</sup> y el Derecho Penal del enemigo se oriente a combatir peligros, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal que se solapan la una a la otra. <sup>13</sup> En el Derecho penal del ciudadano se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros; así como en el Derecho penal del enemigo incluso al terrorista se le puede tratar como persona al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. <sup>14</sup> En este mismo sentido, de separar un Derecho del otro, abría que estar en una constante revisión de la normativa. Puesto que el hecho de separarlos no impediría que la normativa en el Derecho penal de los ciudadanos no se exceda –como en la actualidad- en la defensa frente a riesgos futuros. Asimismo, el Derecho penal del ciudadano degenera la figura del delincuente habitual por el delincuente reincidente, y es mediante la misma que se daría (dentro del Proceso Penal) la transición de persona – ciudadano a no persona - enemigo.

De esta forma, una vez que Jakobs describe al Derecho penal del enemigo, sus características y su existencia dentro del Derecho penal vigente. Propone la separación del Derecho penal del enemigo, aunque no en su totalidad, del Derecho penal de los ciudadanos. Para este autor resultaría menos contradictorio evitar que los mismos Derechos se entremezclen, que continuar tolerando la existencia de fragmentos del Derecho penal del enemigo dentro del Derecho penal de los ciudadanos. <sup>15</sup> Por tanto, la idea transmitida por este autor, es reconocer que es preferible o

---

<sup>10</sup> Véase en este orden: ZAFFARONI, Raúl E. “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”. En: VARIOS AUTORES. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 613-620, p. 618, CANCIO MELIÁ, “¿«Derecho Penal»”, p. 87; ARNOLD, Jörg. “Das Ende der Gespensterjagd”. En: UWER, Thomas (Coordinador). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 2006, p. 13-25, p. 13.

<sup>11</sup> CANCIO MELIÁ, “¿«Derecho Penal»”, p. 87. “Respecto del terrorismo de nuevo cuño, Scheerer, S. ( *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Dzenarien 2002*, p. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo”, CANCIO MELIÁ, “«Derecho Penal»”, p. 87.

<sup>12</sup> En la construcción funcionalista la vigencia de la norma es un concepto central. «Su cuestionamiento y su restitución constituyen el principio y el fin de la prestación del sistema penal: el derecho penal lleva a cabo la prestación o el cometido de “contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”» POLAINA-ORTS, Miguel. “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”. En: MONTEALEGRE Lynett (editor). *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 9-526, p. 66. Véase, JAKOBS, Günther. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipien. Oder Verabschiedung des alteuropäischen Strafrechts?”. *ZStW.* n° 4, 1995, p. 843-876, p. 844. “En este planteamiento, todos los conceptos son normativos, con lo cual se les libera de una carga de significación ontológica o naturalista, siendo creados en y para el derecho en cuanto sistema normativo”. POLAINA ORTS, “Vigencia de la norma”, p. 67.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 102, p. 22.

<sup>14</sup> JAKOBS, “Derecho Penal del Ciudadano”, p. 41-42.

<sup>15</sup> Para Jakobs, “un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”. JAKOBS, “Derecho Penal del Ciudadano”, p. 56. Afirmación coherente con lo escrito por el

menos “peligroso” para el Estado de Derecho declarar la enemistad hacia el “enemigo” abiertamente, que continuar como hasta ahora, ocultándola y manteniéndola dentro de lo posible silenciosa. El Derecho penal del enemigo aspira disminuir el grado de contradicción que existe dentro de un Derecho penal compuesto por normativa legítima e ilegítima (o “enemiga”) conjuntamente.

Este tipo de propuestas pueden otorgar coherencia a la necesidad de una normativa “enemiga” o excepcional, lo que no deja de ser motivo de preocupación. Por ello, la existencia de una normativa “anormal” que en un período de “amenaza” salvaguarde los intereses de los “ciudadanos” sacrificando una minoría – de no personas- “peligrosa y hostil”; consigue dejar de parecer insensata. Tanto más, si se agrega que no sería esta la primera vez que las mismas excepciones se ejecuten o al menos fueran tomadas en cuenta por el Derecho penal.<sup>16</sup> Mediante dicha deducción y los atributos del Derecho penal del enemigo anteriormente descritos se identifica la figura monstruosa llamada quimera, indicada al principio de este ensayo.

Quedando pendiente la interrogante de sí el conjunto de atributos que componen la quimera del Derecho penal del enemigo podrían escaparse del plano inexistente, irrealizable, o imaginario. Respuesta que comprende el siguiente apartado.

## 2. Quimera: ¿Fantasía o engaño?

En los últimos tiempos el Derecho penal ha experimentado un fenómeno de crecimiento, pasando a intervenir en ámbitos que no habían sido hasta ahora objeto de regulación penal, mediante la introducción de nuevos tipos penales en el código penal o leyes especiales, así como, ampliando los supuestos típicos donde este ya había intervenido o una agravación punitiva de tipos tradicionales. Dicho de otra forma, se están endureciendo las penas, y se plantea la introducción de nuevas sanciones. Así también, se distingue la reducción de garantías procesales en aras de una mayor “eficacia” global en la persecución del delito. A este fenómeno se le denomina “expansión del Derecho penal”,<sup>17</sup> y es mediante su descripción, que se llegará a determinar si el Derecho penal del enemigo como quimera existe o no en un plano real. De ahí que, en forma breve, se señalen las características del fenómeno mencionado.

---

autor dieciocho años antes al señalar que “la existencia de un derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado liberal, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe”. JAKOBS, “Kriminalisierung”, p. 783.

<sup>16</sup> “Todo el Derecho penal del siglo XX se teorizó admitiendo que algunos seres humanos son *peligrosos* y que sólo por eso deben ser segregados o eliminados, se los *cosificó* sin decirlo, se los dejó de considerar *personas* ocultando casi siempre esto con racionalizaciones”. ZAFFARONI, Raúl E. *El enemigo en el Derecho penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad de Santo Tomás, 2006, p. 212.

<sup>17</sup> Al respecto, Gracia Martín sostiene que: “el Derecho penal moderno tiene ante todo una dimensión clara y manifiestamente *cuantitativa* que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que tenía en el momento histórico precedente. Se observa además por algunos, que esta ampliación tiene el aspecto de una *tendencia* que parece no encontrar límites. Por ello, son muchos los autores que, al evaluar la trascendencia del Derecho penal moderno para el conjunto del sistema consideran que, en el momento histórico actual, cabría hablar de la existencia de un movimiento de *expansión del Derecho penal*”. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 58.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Debe partirse por entender que la explicación de este vuelco o expansión en la legislación penal surge de la voluntad política de dar respuesta a los requerimientos de las “sociedades modernas”,<sup>18</sup> caracterizadas por nuevas formas de criminalidad organizada y de naturaleza económica. De manera que, le corresponde al legislador en aras de hacer frente a las nuevas necesidades de protección optar por la criminalización de nuevas conductas, así como, por el adelantamiento de la punibilidad. Y es, este abordaje de las reformas penales lo que puede situar al delito como un “recurso teóricamente inagotable y al servicio del poder político”.<sup>19</sup> De esta forma, al fenómeno de “expansión” del Derecho penal, se le critica una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio.<sup>20</sup>

Por otra parte, se critica que la “expansión” del Derecho penal está vinculada a un Derecho penal simbólico.<sup>21</sup> Definido como un fenómeno que delata la crisis de la política criminal actual orientada a las “consecuencias”. Este Derecho penal concuerda con las imágenes de la “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”.<sup>22</sup> El Derecho penal simbólico identifica un determinado hecho y un determinado autor, quién es definido no como igual sino como otro.<sup>23</sup> Lo que dará pie a un punitivismo agravado.

Este será el caso cuando respecto a las leyes penales se de una oposición entre lo real y lo aparente, entre lo «manifiesto» y lo «latente», entre aquello «verdaderamente querido» y lo

---

<sup>18</sup> El Derecho penal simbólico, surge como característica de una «sociedad de riesgo» moderna que al no poder enfrentar las amenazas y peligros modernos, «riesgos de modernización», no solamente va a necesitar de un «vínculo causal» sino también y en un mismo momento de una responsabilidad jurídica y social. HASSEMER, Winfried. “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 122, p. 23-36. Véase, HASSEMER, Winfried. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”. *NStZ*. Heft 12, 1989, p. 553-559, p. 553 y ss. HASSEMER, Winfried. “Sicherheit durch Strafrecht”. *HRRS*. n° 4, 2006, p. 130-143. p. 135 y ss. Disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>. Para Hassemer “Jakobs construye —influido por la teoría sistémica de Luhmann— su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una «sociedad de riesgo»”. HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico”, p. 33.

<sup>19</sup> CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 189. El profesor Scheerer cita que “una vez que se cree en el «hecho» ficticio «de que hasta el momento ningún Estado y ninguna sociedad ha podido funcionar sin pena o sin una medida similar a la pena» (Jürgen Baumann), entonces tampoco hay que reflexionar en clave de futuro acerca de cuáles serían las condiciones sociales en las que el Derecho penal no sólo se podría mejorar de modo significativo, sino que harían posible una «sustitución» de principio «del Derecho penal por algo mejor» (Gustav Radbruch). Con ello, se excluye ilegítimamente la posibilidad de una perspectiva crítica hacia la dominación, y de un cuestionamiento serio del Derecho penal ante el horizonte de la posibilidad de renunciar a él, del espectro de aquello de lo que puede hablarse racionalmente”. SCHEERER, Sebastian. “¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?”. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. En: ESER, Albin; HASSEMER Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinadores Alemanes). *La Ciencia del Derecho Penal Ante El Nuevo Milenio*. Coordinador: CONDE MUÑOZ, Francisco. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, t. I, p. 53-64, p. 53.

<sup>20</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “De nuevo sobre la expansión del derecho penal: : una relectura de los planteamientos críticos”. En: MONTEALEGRE, Lynett (director). *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 107-133, p. 110.

<sup>21</sup> GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha*, p. 146.

<sup>22</sup> Véase, HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico”, p. 36.

<sup>23</sup> “La existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como «otros» no integrados en esa identidad mediante la exclusión del «otro»”. CANCIO MELIÁ, “¿«Derecho Penal»”, p. 78.

«otramente aplicado»; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales.<sup>24</sup> En definitiva, “un engaño”, en el sentido de que aquellas no cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección porque han sido promulgadas únicamente para la producción – función latente- de efectos meramente simbólicos,<sup>25</sup> o cuando las mismas “leyes penales tengan únicamente como fin real calculado «la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido»”.<sup>26</sup>

De lo anteriormente expuesto, se manifiesta que el Derecho penal simbólico, así como el punitivismo, van de la mano con el Derecho penal del enemigo. Y aun cuando “no aparecen de modo clínicamente «limpio» en la realidad legislativa”<sup>27</sup> son parte de la política criminal moderna,<sup>28</sup> escapándose dichos términos de existir únicamente en el plano imaginario o fantasioso. La función del Derecho penal del enemigo es así, hasta ahora, en Alemania puramente simbólica;<sup>29</sup> no evidencia ninguna competencia a la solución de los problemas actuales, despertando posibilidades de solución que no pueden o al menos no deberían cumplirse en la realidad. Demostrando una forma puramente expresiva y represiva de abordar determinados conflictos. “No se trata en definitiva más que del cumplimiento de rituales propios de la política que, en tanto más simbólicos, más expresivos y, por tanto, más efectivos”.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup>Véase, HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico”, p.28.

<sup>25</sup> Véase, HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico”, p.30. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha*, p.148.

<sup>26</sup>HASSEMER, “Derecho Penal Simbólico”, p.35. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha*, p.148-149. Véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992, p.305.

<sup>27</sup>CANCIO MELIÁ, “«Derecho Penal»”, p. 65.

<sup>28</sup> A mi parecer, Fritz Sack muy acertadamente se refiere a un cambio estructural de la política criminal, mediante el retorno del derecho penal represivo. Respecto del tema Sack advierte como manifestaciones: 1. „el retorno a la prisión como el camino real – del rey - del control del delito y la política de seguridad.”, 2.,, el rearme legislativo e institucional de los órganos de seguridad beneficia a los órganos ejecutivos, principalmente a la policía”, 3.”las modificaciones en el ámbito del derecho penal juvenil”, 4.El “abuso sexual infantil, que se deja sindicar como punto de cristalización de una desenfrenada furia penal”; y por último, 5.”la tendencia aquí descrita (el derecho penal del enemigo) de ningún modo representa una aparición recién con o a consecuencia de los ataques terroristas del 11 de septiembre contra el World Trade Center y el Pentágono. Se puede observar ya de mucho antes. Y esto último vale especialmente para Alemania”. SACK, Fritz. “Derecho penal del enemigo-Camino a una política criminal diferente”. Traducido por BÖHM, María Laura. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología*. Por aparecer. – Originalmente se expuso este texto en alemán titulado: Feindstrafrecht Auf dem Wege zu einer anderen Kriminal Politik? En Alemania como discurso a la redacción de la revista Bürgerrechte & Polizei/CILIP en ocasión de la entrega del Premio Werner Holtfort. Berlin, 27 de mayo de 2005. [CILIP: Civil liberties and police – Editores de la revista “Bürgerrechte und Polizei” („Derechos Civiles y Policía”) (N.T.)].

<sup>29</sup> Distinto es el caso de América Latina, donde como bien apunta Zaffaroni: “En América Latina todo sospechoso es tratado como enemigo, aunque lo legitime el derecho procesal penal. Por lo general, no se introduce expresamente o se elude toda referencia clara a la categoría del *enemigo* en el derecho ordinario, porque por lo menos se intuye su incompatibilidad con el principio del estado de derecho, pero con la mala conciencia se legitima o ignora el trato que como tal se depara a un número enorme de personas”. ZAFFARONI, *El enemigo*, p. 252.

<sup>30</sup> EDELMAN, Murray. *Politik als Ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handels*. Frankfurt/ New York: Campus Verlag, 1976.



### 3. El Derecho penal del enemigo como un modelo orientado al futuro

Por considerar necesario conocer el discurso dogmático que Jakobs propone, se abarcará en primer lugar su propuesta de delimitar claramente un Derecho penal para enemigos, y en segundo lugar sí la normativa “enemiga” dentro del Derecho penal positivo podría orientarse como un modelo futuro. En ese orden, primero debe señalarse que Jakobs centra su discurso dogmático-penal tomando como base su interpretación de Niklas Luhmann “justificando la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones”.<sup>31</sup> De manera que, cuando el individuo actúa de acuerdo a la norma, por medio de la conducta que de él se espera, colma las expectativas. Mientras que, de actuar en forma contraria estaría defraudándolas.

En cuanto a la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo a seguir, para la relación social. La pena no consiste en la retribución de mal por mal, es esencialmente en cuanto a su función, prevención general positiva. La finalidad del Derecho penal pretende garantizar la seguridad de expectativas y el mantenimiento de las normas de una sociedad, que se tienen por esenciales y se establecen en tipos penales. “El concepto de vigencia de la norma desempeña su potencial explicativo en varios ámbitos diversos, entre los que pueden destacarse: el objeto de protección jurídico penal (la propia estabilidad de la norma versus bien jurídico), al aspecto subjetivo (persona versus individuo) y el método científico del sistema del Derecho penal (análisis funcional versus análisis sistémico). De cada uno de los aspectos se derivan consecuencias dogmáticas de subido valor”.<sup>32</sup>

Esta teoría a sido blanco de numerosas críticas, puesto que legitima los “delitos de deber”, y las normas se ciñen a la fidelidad al Derecho, siendo así contrarias a una visión garantista. Su visión funcionalista del Derecho penal afirma la validez de la “norma abstracta” y legitima nuevas funciones atribuidas a la pena. Por lo que, como producto de la re-normativización de conceptos jurídico penales, los conceptos de culpabilidad y de acción dejan de ser relevantes sino se vinculan esencialmente con la misión que ha de cumplir el Derecho penal, incluso el concepto de sujeto al que se imputa es definido desde su funcionalidad.<sup>33</sup> Por ende, el sistema propuesto por Jakobs, no parece dar cabida al concepto de dignidad humana. La persona pierde su individualidad, y la misma se ve como un mero instrumento lucrativo “del todo social”, debiendo cumplir con un determinado rol para ser considerada parte del mismo. “Hay en esta visión un

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 275. “Jakobs no añade nada a la teoría de la desviación de Émile Durkheim, que había concebido en términos semejantes la pena como un factor de estabilización social “destinado sobre todo para actuar sobre las personas honestas”. “Reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados”. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 275.

<sup>32</sup> Véase POLAINA-ORTS, “Vigencia de la norma”, p. 63.

<sup>33</sup> “Todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho”, JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma persona en una Teoría de un Derecho penal funcional*. Traducido por CANCIO MELÍA, Manuel y FEIJOÓ, Bernardo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 50.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [http://www.politicacriminal.cl]

reduccionismo de la vida social a la actividad útil, entendiendo por tal la económicamente productiva”.<sup>34</sup>

De la exposición brevísima expuesta, y ubicando el concepto de Derecho penal del enemigo desde la teoría de la prevención general positiva. Puede extractarse que aun cuando no se puede negar la existencia del mismo Derecho,<sup>35</sup> la “separación” normativa propuesta por Jakobs -entre ciudadanos y enemigos- no parece viable. Para este autor, mientras el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de los ciudadanos optimiza las esferas de la libertad. No quedando muy claro adonde sitúa la libertad: ¿en el Derecho penal de los ciudadanos o entre la delgada línea entre los mismos?<sup>36</sup> Además desde una perspectiva dinámica, como sostiene Zaffaroni, “el derecho penal del estado de derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador al estado de policía, confiando en que éste se mantendrá en ese ámbito acordado y compartimentalizado”.<sup>37</sup> La realidad es que de otorgársele ese espacio, el mismo – Estado de Policía- acabará por imponerse.

La vigencia de una normativa especial para enemigos es una medida demasiado agresiva, que describe un Derecho penal sin garantías – inconstitucional- que “otorga a futuros regímenes «injustos»<sup>38</sup> una legitimación teórica”.<sup>39</sup> ¿Cómo puede el ciudadano sentirse seguro cuando el Estado, en forma manifiesta, desconfía de él? Y en este punto, es particularmente importante entender que

“the role of a conception of the person in a conception of political justice is distinct from its role in a personal or associational ideal, or in a religious or moral way of life. The basis of toleration and of social cooperation on a footing of mutual respect in a democratic regime is put in jeopardy when these distinctions are not recognized; for when this happens and such ideals and ways of life take a political form, the fair-terms of cooperation are narrowly drawn, and free and willing cooperation between persons with different conceptions of the good may become impossible”.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> BUSTOS, Juan ; HORMAZÁBAL, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 69.

<sup>35</sup> “El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (Silva Sánchez dice [ La expansión (nota 2), p. 166] que sobre esto «no parece que se pueda plantear duda alguna»), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de Jakobs”. CANCIO MELIÁ, “«Derecho Penal»”, p.84.

<sup>36</sup> “The priority of the basic liberties implies that they cannot be justly denied to any one, or to any group of persons, or even to all citizens generally, on the grounds that such is the desire, or overwhelming preference, of an effective political majority, however strong and enduring. The priority of liberty excludes such considerations from the grounds that can be entertained”. RAWLS, John. “The Basic Liberties and Their Priority”. En: *Liberty, Equality, and Law*. Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy. MC MURRIN, Sterling M. (editor). Salt Lake: Utah University Press/ Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 3-87,p.81.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, *El enemigo*, p. 229.

<sup>38</sup> “The five kinds of primary goods enumerated in a Theory of Justice are: 1. The basic liberties- freedom of thought and liberty of conscience, and so on. 2. Freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities. 3. Powers and prerogatives of offices and positions of responsibility. 3. Income and wealth, understood broadly as all-purpose means (having an exchange value). 5. The social bases of self- respect”. RAWLS, “The Basic Liberties”, p.22.

<sup>39</sup> AMBOS, Kai. *Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*. Berlin: Dunker & Humblot, 2002, p. 63.

<sup>40</sup> RAWLS, “The Basic Liberties”, p. 85.

Por otra parte, en segundo lugar el Derecho penal del enemigo visto como un modelo orientado hacia el futuro, se amplía dentro del ordenamiento positivo que solapadamente oculta dicha legislación de “lucha o enemiga”. De esta forma, por el predominio actual de las tendencias preventivas y las necesidades globales, se da pie a la «excesiva» protección de bienes jurídicos universales, mismos que se caracterizan por estar formulados de forma especialmente vaga.

Entre los hechos delictivos que conforman esta “criminalidad organizada de nuevo cuño” pueden mencionarse, por ejemplo, desde los abusos de poder en el comercio internacional, infracciones a las normas de tráfico económico nacional con el exterior, criminalidad informática; hasta el tráfico internacional de drogas, falsificación y tráfico de moneda, blanqueo de capitales, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos, inmigrantes, etc. “Organizaciones dedicadas a tales actividades criminales, cuentan con gran poder, por lo que suelen escapar del control político y jurídico del Estado”.<sup>41</sup> En otras palabras estamos hablando de una manifestación fuera de la normalidad, mucho mayor que aquella criminalidad económica conceptualizada por Sutherland<sup>42</sup> en los años cuarenta. «La criminalidad económica representa la “criminalidad del futuro” y contiene un potencial de riesgo para las modernas sociedades incomparablemente más grande que la criminalidad tradicional».<sup>43</sup> La globalización de la economía trae otros retos al derecho penal, el cual ante la globalización del delito se ve obligado a dar soluciones concretas. Soluciones que hasta el momento no ha podido otorgar. Y es a consecuencia de este fenómeno, “la globalización”, que Frick Sack analiza las palabras de Jakobs de la siguiente forma: “Si ella [la ciencia penal] no quiere reconocer la necesidad del último [el derecho de lucha contra el enemigo] va a ser marginalizada por la sociedad - económicamente dominada - por falta de efectividad”.<sup>44</sup> Y casi al final de su ponencia, Sack cita: “Sería interesante preguntarse, si esos críticos tratan con igual malicia al convencimiento – ya devenido en ortodoxia – de la irrefrenable transformación estructural de las sociedades modernas en sociedades neoliberales de mercado”.<sup>45</sup> Refiriéndose aquellos que han criticado a Jakobs por afirmar que no hay ninguna otra alternativa posible al Derecho penal del enemigo.

Como se ha reiterado a lo largo de este ensayo, el Derecho penal ha demostrado no tener las “armas” suficientes para enfrentarse con las nuevas exigencias de la criminalidad, por ejemplo la disolución que señala Albrecht, de las fronteras entre criminalidad económica y empresarial

---

<sup>41</sup> ALBRECHT, Hans Jörg. “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: Conceptos y comprobaciones empíricas”. En: Congreso internacional Facultad de Derecho de la UNED (directores). *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 673, p. 263.

<sup>42</sup> Véase por ejemplo: SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1961, p. 9. Sutherland definió la delincuencia de cuello blanco (“White Collar Crime”) como la violación de la ley penal por parte de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional. Para un seguimiento más puntual de los debates en torno al delito de cuello blanco. Ver: GAYLORD, Mark Stratton. *Edwin Sutherland and the origins of differential association theory*. Columbia, Univ. of Missouri: Univ. Microfilms Intern., 1987, p. 287.

<sup>43</sup> Véase ALBRECHT, “Investigaciones sobre criminalidad”, p. 263.

<sup>44</sup> SACK, “Derecho penal del enemigo”, 2005. La cita textual de Jakobs se lee: “La principal tarea que se le impone a la ciencia del derecho penal: tiene que separar lo que circula bajo el nombre de derecho penal, es decir, someter a discusión el complemento del derecho penal a través de un derecho de combate del enemigo. Sino quiere reconocer la necesidad de éste último, será marginalizada por una sociedad dominada por lo económico, debido a su falta de eficacia”. JAKOBS, “La autocomprensión de la ciencia”, p. 61.

<sup>45</sup> SACK, “Derecho penal del enemigo”, 2005.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

organizada y la criminalidad organizada clásica,<sup>46</sup> o de enfrentar situaciones como la irrefrenable transformación estructural de las sociedades modernas en sociedades neoliberales de mercado. Se puede afirmar entonces, que se esta en pie de aplicar “normativa de combate”, que renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho penal de la normalidad para enfrentar “los desafíos de nuestro tiempo”.

Y son estas características económicas expuestas donde el “Derecho y la economía son adversarios”, las que vulnerando el control político del Estado de Derecho, generarán una crisis de legitimación.<sup>47</sup>

Entrándose así en una gran contradicción, puesto que de desarrollarse el Derecho penal del enemigo como modelo futuro: ¿cómo podría seguirse hablando de Estado de Derecho? De ahí, que como apunta Sack la política y el legislador han puesto en marcha el rearme interno y la construcción y ampliación de un Estado de Seguridad.<sup>48</sup> Así se abandona la idea

“del Estado de Derecho liberalmente prescripto, del Derecho penal de culpabilidad liberalmente prescripto, hacia un Estado de Derecho de la Seguridad, hacia un Derecho penal de seguridad orientado preventiva y policialmente. Si el Derecho penal cae en el remolino de esta lógica de seguridad preventiva, o sea que es instrumentalizado con fines de seguridad, asume entonces obligadamente la estructura de esta idea y pierde toda medida. Renuncia por tanto a su originaria y prescripta lógica liberal propia del Estado de Derecho”.<sup>49</sup>

De esta forma, de orientarse el Derecho penal del enemigo como un modelo futuro lo haría no de la manera propuesta por Jakobs, sino más bien mediante su extensión dentro del Derecho penal positivo. El mismo –“Derecho”-se instauraría en razón de la declaración de emergencia<sup>50</sup> mediante una guerra contra enemigos previamente seleccionados. De ahí que el siguiente apartado describa la metodología con que dicho modelo pretendería ejecutar sus fines.

---

<sup>46</sup> GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha*, p. 97. Hoy, expone Albrecht, que “los mercados de la clase mencionada, es decir, de drogas, inmigración, prostitución, fraude de inversiones o blanqueo de capitales, precisan de una gran logística y de un management, y para ello se ofrecen las formas de economía legal”, y “en esta medida tiene sentido hablar de la disolución de las fronteras citada. Véase ALBRECHT, “Investigaciones sobre criminalidad”, p. 275; «el paradigma del derecho penal es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños». SILVA SÁNCHEZ, José María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, p. 99.

<sup>47</sup> La capacidad del Estado social está cada vez más deteriorada, por cuanto su autoridad o legitimidad esta desapareciendo irremediadamente. Aparece la crisis de legitimidad, los conflictos sociales pueden desbordar a las instituciones de dirección y control político existentes.

<sup>48</sup> SACK, “Derecho penal del enemigo”, 2005.

<sup>49</sup> HAFFKE, Bernhard. “Von Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”. *Kritische Justiz*. 38/1, 2005, p. 17-35, p. 20. « Ya es sabido que el análisis de sociología del derecho que realiza Jakobs se basa en las premisas de la “economización” de la sociedad». SACK, “Derecho penal del enemigo”, 2005.

<sup>50</sup> “La emergencia: a) se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general”. ZAFFARONI, “La creciente legislación penal”, 613-620.

### 3.1 Fuego - para eliminar al enemigo

En cuanto a la ejecución del Derecho penal del enemigo como un modelo orientado al futuro se verá en este apartado, cómo en el nombre de la seguridad se declarara el fuego abierto al sujeto denominado como “enemigo”.<sup>51</sup> Y es mediante esta denominación que se encuentra uno de los puntos más discutibles de la dialéctica de Jakobs: la diferenciación entre personas y no personas. Misma que ha sido abundantemente discutida, puesto que, se ha argumentado que la lógica de su discurso conlleva a la negación del Estado de Derecho, y hasta se le ha relacionado con seguir la línea del proyecto de Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad (*Gemeinschaftsfremde*) propuesta por Edmund Mezger<sup>52</sup> durante la época del nacionalsocialismo. En este mismo sentido, Zaffaroni señala que no debería “causar tanto escándalo la propuesta de Jakobs, sino toda la tradición doctrinaria penal que legitima la exclusión de los *extraños* de la pena y su eliminación o neutralización por *peligrosos*”.<sup>53</sup>

En este mismo contexto, Jakobs sostiene que “el Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos”.<sup>54</sup> Se castiga al individuo no por el hecho cometido, sino por el rol que representa dentro de la sociedad, por lo que es. El proceso penal se transforma en un momento de lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada, en una relación entre amigos y enemigos. El juez como representante del Estado (como amigo) es a la vez enemigo del culpable (del enemigo o no persona). Y así, en el lenguaje de Jakobs, comienza a desarrollarse un “juego de palabras”,<sup>55</sup> entre “personas como enemigos” o “enemigos como personas”.

---

<sup>51</sup> Véase Schmitt cuando señala que “Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público”. SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p. 38. Respecto de este tema, véase también Foucault: “Desde este punto de vista el examen de las teorías penales de la segunda mitad del siglo XVIII proporciona resultados bastante sorprendentes. Ninguno de los grandes reformadores, ya sean teóricos como Beccaria, juristas como Servan, legisladores como Lepelletier de Saint-Fargeau, ambas cosas a la vez como Brissot, proponen la prisión como pena universal o incluso mayor. De forma general el criminal es definido, en todas estas elaboraciones, como el enemigo de la sociedad”. FOUCAULT, Michel. “*La Sociedad Punitiva*”. En: FOUCAULT, Michel, «*La Vida de los Hombres Infames*», Buenos Aires: Editorial Altamira, p. 37-50, p. 39.

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*. Valencia: *Tirant lo blanch*, 2003, 4ª ed., p. 121 y ss. Sobre este tema Gracia Martín cita: “El concepto de persona que utiliza Jakobs está por encima del ser humano, pues es solo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien no a todos”. MARTÍN GRACIA, Luis. «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”». *RECPC*. 07-02, 2005, p. 02:1-02:43. Disponible en: <http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, p. 02:33. En el caso colombiano, Jakobs “ha problematizado la noción de Persona. Es decir, ha cuestionado incluso la existencia de “persona”, tal cómo él la concibe con su interpretación particular de Luhmann: como presupuesto para la existencia social del derecho como modelo de institucionalización racional de expectativas”. APONTE, *Derecho penal*, p. 31.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, *El enemigo*, p. 212.

<sup>54</sup> JAKOBS, “La autocomprensión de la ciencia”, p. 60-61.

<sup>55</sup> Véase por ejemplo en Gracia Martín, al señalar que “si el derecho penal del enemigo se construye a través del reconocimiento de sus destinatarios como no personas, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no personas ya en la realidad previa de derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio

El enemigo se encuentra en permanente delito, representando así, una constante amenaza.<sup>56</sup> Por lo que, “la guerra tiene lugar con un legítimo Derecho de los ciudadanos, en su Derecho a la seguridad”.<sup>57</sup> Y es a partir de la relevancia absoluta de la “amenaza” como criterio central para la intervención penal, que se des-estructura incluso la relación entre los propios ciudadanos: existiendo el riesgo de imponerse socialmente una lógica de enemistad.<sup>58</sup> Lógica que podría encontrar relación en Carl Schmitt, al ocuparse del enemigo político, cuando se refiere a que tal enemistad queda reducida a la política y a sus circunstancias. En cuanto enemistad, existe una negación del otro; en cuanto política, tal negación queda circunscrita al ámbito público de lucha entre unidades políticas. Cuando la enemistad política se intensifica, aparece la posibilidad del conflicto, de la guerra: “la guerra procede de la enemistad, ya que esta es una negación óptica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad”.<sup>59</sup> Así siguiendo el pensamiento de Schmitt, si la política es en último término enemistad, y ésta puede, en determinadas circunstancias, intensificarse hasta el conflicto, entonces la guerra es una posibilidad existencial de la política. Y es únicamente en cuanto a esta característica, que podría relacionarse lo anterior con lo que plantea Clausewitz al citar: “La guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de las relaciones políticas, una gestión de las mismas con otros medios”.<sup>60</sup> Para este autor,

“la guerra [...] en relación a sus tendencias dominantes constituye una maravillosa trinidad, compuesta del poder primordial de sus elementos, del odio y la enemistad que pueden mirarse como un ciego impulso de la naturaleza; de la caprichosa influencia de la probabilidad y del azar, que la convierten en una libre actividad del alma; y de la subordinada naturaleza de un instrumento político, por la que recae puramente en el campo del raciocinio”.<sup>61</sup>

De ahí, que al final, todo en esta guerra dependa de la «estrategia» del juego<sup>62</sup> político de intensificar la intimidación por medio de la «amenaza». En síntesis, la idea a rescatar para nuestros efectos es únicamente, que la enemistad fuese previa a la guerra, el estatuto tan “amplio” que adquiere la categoría enemigo, en el sentido de que cualquier grupo humano puede recibir –

---

Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente auto referente y, por ello, circular”. GRACIA MARTÍN, “Derecho Penal” p. 02:28.

En este punto, Gracia Martín cita a Schünemann puesto que el mismo coincide con él, por afirmar “que el derecho penal del enemigo se construye mediante una argumentación circular”- GRACIA MARTÍN, “Derecho Penal” p. 02:28.

<sup>56</sup> Lo que significa, que por estar el enemigo en una constante defraudación de expectativas, al no tener capacidad cognitiva, es una mera fuente de peligro.

<sup>57</sup> JAKOBS, “Derecho Penal del Ciudadano”, p. 56.

<sup>58</sup> “En marzo de 2005 tuvo lugar en Alemania un congreso a instancia de la revista *Strafverteidiger* y dedicado al tema del derecho penal del enemigo. Ajuicio de diversos profesores, en su exposición Jakobs aparece como defensor claro de este modelo de derecho penal basado en la enemistad”. APONTE, *Derecho Penal*, p. 45-46. Véase también Albrecht, „en este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros, -los enemigos-“. ALBRECHT, Peter Alexis. “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat“. *KritV*, n° 3, 1988, p. 182-209, p. 202.

<sup>59</sup> SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, p. 33.

<sup>60</sup> VON CLAUSEWITZ, Karl. *De la Guerra*. Barcelona: Labor, 1992, p. 58.

<sup>61</sup> VON CLAUSEWITZ, *De la Guerra*, p. 44.

<sup>62</sup> La autora Jessie expone una aplicación de la teoría de los juegos a los fenómenos sociológicos para un futuro. JESSIE, Bernard. “The Theory of Games as a Modern Sociology of Conflict”. *The American Journal of Sociology*. n° 5, vol. 59, 1954, p. 411-424, p. 418.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

ahora por la vía del Derecho penal– una declaración de guerra y enemistad- rindiéndola al azar del “poder de fuego” que el Estado posee.

Por otra parte, visto desde otra óptica, el Derecho penal del enemigo es un instrumento de superación de un conflicto de legitimación del Estado de Derecho. Así, la crisis surge cuando las instituciones de control político que lo conforman se someten a los conflictos sociales existentes, situación que inevitablemente lo quebranta. Puesto que, pone en evidencia la ineficacia de este de brindar soluciones ante las nuevas demandas de la sociedad, por ejemplo el ya mencionado desarrollo económico. En consecuencia, un Estado de Derecho ineficaz, incapaz de recobrar la confianza ciudadana, cuya actuación deje de ser razonable, necesariamente perderá su legitimidad. De ahí, que ante las nuevas exigencias de la sociedad moderna este se vea obligado a reestructurar la normativa que lo compone, y a crear nuevos modelos de intervención penal.

El Derecho penal del enemigo se origina en un estado de inseguridad, en el que la población cede – convencido por una nueva política criminal- su Derecho a la libertad a cambio del Derecho a la seguridad. Dicho de otra forma, ante el estado de crisis la manifestación de uno o varios sujetos como fuentes de peligro era solo latente, pero es mediante el etiquetamiento Estatal que dicha manifestación se hace manifiesta. El Estado se encarga de identificar el peligro, y la población se solidariza – mediante la enemistad- a luchar por su conservación. Generándose una reacción masiva en contra del enemigo, donde se justifican las medidas represivas en el nombre de la seguridad. Así en este contexto, el rol del Derecho penal es el de un simple instrumento subordinado a la ideología de la política vigente. Y es, en el tangible retroceso de la normativa que integra el Estado de Derecho, que se evidencia no solo la falta de capacidad por parte de los gobernantes de respetar las bases constitutivas del mismo; sino también el origen del Derecho penal del enemigo como una mera opción política.

El atentado del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos de América, el atentado del 11 de marzo de 2004 en la central ferroviaria de Atocha, España y las recientes demostraciones de fuerza de parte del terrorismo el 7 y 21 de julio de 2005 en Londres, Gran Bretaña; han colocado al terrorista como el “enemigo” primordial del nuevo milenio.<sup>63</sup>

“De allí en adelante no sólo los gobiernos de los Estados Unidos y del así llamado mundo occidental, sino también entidades y alianzas como la OTAN, el Grupo de los 7, o en realidad de los 8, ANSEA, OEA y muchas otras resaltan que la principal amenaza a la seguridad y la libertad proviene de las redes del terrorismo internacional (*Al-Qaeda*) así como de su cooperación real o potencial con *failed states* y/o *rogues status*”.<sup>64</sup>

En este mismo sentido, Scheerer afirma que

---

<sup>63</sup> Para autores como Geulen el enemigo es una figura que se construye. GEULEN, Christian. “‘Enemy Mine’: Über unpolitische Feindschaft”. En: GEULEN, Christian; VON DER HEIDEN, Anne; LIEBSCH, Burkhard (directores). *Vom Sinn der Feindschaft*. Berlin: Akademie Verlag, 2002, p. 78-108, p. 11.

<sup>64</sup> SCHEREER, Sebastian. “Problemas en la prognosis del terrorismo”. Traducido por BÖHM, María Laura. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; BODELÓN, Encarna; RECASENS, Amadeu (Coordinadores). *Contornos y pliegues del Derecho Homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006, p. 512.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

“el conflicto terrorista es un conflicto de reconocimiento, o sea que involucra profundamente las cuestiones de legitimación de la dominación política y provoca por tanto por parte del Estado no sólo simples medidas de persecución penal sino también un esfuerzo «intelectual-moral» para adoctrinar a la población de acuerdo a los fines estatales de autolegitimación”.<sup>65</sup>

Mediante una interpretación absolutamente expansiva y contraria al principio de legalidad, por cuanto su definición es abstracta e imprecisa, se aplican a los tipos delictivos "antiterroristas" conductas individuales y colectivas. Esta lucha- como concepto- prioriza los intereses colectivos y la actitud coercitiva del Estado frente a los Derechos individuales, vulnerándose así el principio de dignidad humana.<sup>66</sup> Es decir, que contrario a lo que persigue el Estado de Derecho se someten a la negociación política los derechos otorgados por la justicia.<sup>67</sup> Finalmente, no se limita el poder punitivo del Estado, puesto que el Derecho penal del enemigo como tal es una selección política, y los criterios políticos nacen en el Estado mismo.

Se da una alteración del modelo clásico de legalidad<sup>68</sup> penal – inducida por el paradigma del enemigo-“se expresa en una acentuada personificación del Derecho penal de emergencia, que es bastante más un Derecho penal del reo que un Derecho penal del delito”.<sup>69</sup> Ante la “amenaza” la atención se centra en el individuo peligroso. “Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma dominante en el sistema del derecho penal”.<sup>70</sup>

Al respecto, se interpreta que para Jakobs el Estado de Derecho no es capaz de llevar a cabo esta guerra contra el terrorismo, puesto que esto implicaría tratar a los enemigos como sujetos de Derecho. Mientras que en un Estado de Derecho práctico o más óptimo, la situación se comportaría diferente, y le otorgaría la posibilidad al mismo de no quebrarse contra el ataque de sus enemigos.<sup>71</sup> De ahí la necesidad de que el Estado de Derecho ante los ataques terroristas flexibilice sus pretensiones, mediante el Derecho penal del enemigo, a fin de no perecer. Y es aquí, donde a pesar de considerar la descripción de Jakobs muy acertada- en cuanto a poner en evidencia la otra cara de la normativa penal- podría caer en una contradicción. Puesto que la sola existencia del “enemigo” implica guerra- y quién se ocupa de la guerra sino la política- y es la

<sup>65</sup> SCHEREER, “Problemas en la prognosis”, p. 512.

<sup>66</sup> “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar”. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México D.F.: Editorial F.C.E., 1979, p. 19.

<sup>67</sup> “En una sociedad justa los derechos concedidos por la justicia no están sometidos a la negociación política ni al cálculo del interés social...”. RAWLS, *Teoría*, p. 20.

<sup>68</sup> Sobre el principio de legalidad véase HASSEMER, Winfried. “Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania”. *Doxa*, n° 8, 1990, p. 173-186. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15401>, p. 176 y ss. Hassemer se refiere a que “todavía hoy es el principio de legalidad “nulla poena, nullum crimen sine lege” el criterio fundamental que inspira el derecho penal del Estado de derecho”. HASSEMER, “Derecho penal y filosofía”, p. 177. Y continua, “el principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de derecho. En él se centran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros”. HASSEMER, “Derecho penal y filosofía”, p. 178.

<sup>69</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 820. Cuando el mismo se refiere a los caracteres del derecho penal o de excepción.

<sup>70</sup> APONTE, Alejandro. *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá: Temis, 2005, p. 13.

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. “Terroristen als Personen im Recht?”. *Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit?* 30. Strafverteidigertag Frankfurt am Main, 24 al 26 de Marzo, 2006, p. 49-53, p. 53.



VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

existencia de la misma la que termina por ahogar al Estado de Derecho.<sup>72</sup> Y es que respecto a esta materia, hay que admitir que el Estado de Derecho tiende a ensuciarse las manos. Como muestra Marxen, desde el siglo XIX el ejercicio del poder punitivo del Estado obedece cada vez más a las leyes de la funcionalidad política, siendo apreciable, «una tendencia a largo plazo al desarrollo de un Derecho penal del enemigo».<sup>73</sup>

Es mediante la excesiva influencia política que se confirma la lesión a los principios básicos del concepto de Estado Liberal de Derecho. Se denota la tendencia por parte de las instituciones públicas por haber remplazado el responder a los intereses de los ciudadanos, por posibilitar arbitrariamente sus propios intereses. Al respecto, Arnold señala cómo “la política y el poder, esto es, la violencia estatal, intentan ganar al Derecho penal para sus fines; el peligro de que, de este modo, el aspecto de limitación y de contraposición que el Estado de Derecho liberal clásico conlleva se rompa, no puede subestimarse. Precisamente el Derecho Penal pone al Estado en situación de alcanzar omnipotencia política”.<sup>74</sup> Se origina un Derecho penal que no solo es políticamente previsible sino que a su vez es políticamente dependiente. Por consiguiente, sería poco razonable continuar contemplando el Estado de Derecho como Liberal o Social, cuando se ha iniciado a etiquetar a los enemigos dentro del Derecho positivo. Lo que, conllevará necesariamente a la guerra. Por ello, “los cambios en los comportamientos requieren también cambios en la reacciones. Y nada más que esto señala Jakobs con el Derecho Penal del Enemigo: una evolución jurídica sin valoraciones”.<sup>75</sup>

### **Conclusión: ¿Una quimera o un modelo futuro?**

El Derecho penal del enemigo es una quimera por cuanto se compone de diferentes atributos combinados procedentes de fuentes diferentes. Para su existencia, como se observó a lo largo de este ensayo, la misma necesita que diferentes instituciones se entremezclen a fin de identificar y lograr la inocuización del enemigo. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo no podría ser descrito como quimera desde la definición de fantasía. Puesto que, aun cuando la normativa que respalda su existencia en la actualidad cumple un carácter meramente simbólico o engañoso, ha originado en el presente efectos muy reales y no se descarta su vigencia y/o puesta en práctica en

---

<sup>72</sup> Así ZAFFARONI, cita: “La introducción del *enemigo* en el derecho ordinario (no propiamente bélico o de guerra) de un estado de derecho, lo destruye, porque *borra los límites del derecho penal invocando la guerra, y los del derecho humanitario invocando la criminalidad*”. ZAFFARONI, *El enemigo*, p. 226.

<sup>73</sup> MARXEN, Klaus. “Die Rechtssprechung des Völkserichterhofs”. *KritV.* 1992, p. 64 y s., con referencias adicionales. Citado a su vez por: ARNOLD, Jörg. “La «superación» del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del Estado de Derecho”. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (director). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Comares, 2000, p. 307-340, p. 337.

<sup>74</sup> ARNOLD, Jörg. “La «superación» del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del Estado de Derecho”. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (director). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Comares, 2000, p. 307-340, p. 311.

<sup>75</sup> SCHEERER, Sebastian; BÖHM, María Laura; VÍQUEZ, Karolina. “Seis preguntas y cinco respuestas al Derecho Penal del Enemigo”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ – JARA DIEZ, Carlos (coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., Montevideo: B de F Ltda., 2006, v. II, p. 917-938, p. 922.

VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

el futuro. En síntesis, el Derecho penal del enemigo es una quimera, y a la vez no lo es. Es una quimera porque asocia diferentes elementos provenientes de fuentes diferentes. Y no lo es, porque el mismo está muy alejado de ser una mera fantasía. Como se señaló anteriormente, la confrontación entre el Derecho penal y la criminalidad organizada o de “nuevo cuño” es inevitable. Así como, la crisis en la que el Derecho penal se encuentra al ser un instrumento punitivo al antojo de las decisiones políticas, cuyo objetivo parece ser la conservación de una aparente política criminal de seguridad.

La figura del Derecho penal del enemigo como modelo futuro, tampoco puede afirmarse en su totalidad. El Derecho penal del enemigo debidamente delimitado del Derecho penal de los ciudadanos, no tiene cabida. Sin embargo, es una tesis que no se puede descartar del todo mientras la misma –“legislación enemiga”- continúe existiendo dentro del derecho positivo. Y es esta, normativa excepcional la que se encargará no solo de identificar o construir al enemigo en un momento de crisis política sino que será el medio de resolución del conflicto. De manera que, de no fortificar racionalmente las bases de contención del poder punitivo, el Derecho penal del enemigo seguirá desarrollándose independientemente de nuestra opinión.

En cuanto a la descripción del Derecho penal del enemigo aquí expuesta, considero que aun cuando el profesor Jakobs propone una solución a la contradicción que implica la existencia de normativa enemiga dentro de un Estado de Derecho Liberal, su posición peca de ser más peligrosa que lo que en primera instancia identifica. Mismo, que no por esto deja de ser válida. Ya que, es el estudio de dicha descripción la que no solo revela la otra cara de nuestro sistema normativo, sino que destaca los puntos débiles del Estado de Derecho. Consecuentemente a mi criterio aquí no se trata de tomar posiciones radicales, sino reflexiones exhaustivas. La descripción del Derecho penal del enemigo debe confrontarse con la realidad, no creo que la misma sea absoluta, pero sí que puede ayudarnos a ampliar el camino a una tesis más próxima a lo racional. Lo que se vea de aquí en adelante, la manera en que el Derecho penal del enemigo se desarrolle, evidenciará un Estado de Derecho Liberal en vías de extinción, que a diferencia de necesitar opositores extremistas a la tesis de Jakobs, necesitará de fundamentos sólidos de libertad y justicia. Es así como entre la fantasía de la quimera y la expectativa de un Derecho penal del enemigo como modelo orientado hacia el futuro, solamente queda una legislación punitiva que avanza a pasos agigantados, y con esto obteniendo “coherencia” en sus discursos de seguridad y dispersando más terquedad.