

**TRABAJO RELATIVO AL CURSO DE
“DERECHO PENAL”
CELEBRADO EN LA UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA (ESPAÑA).**

TEMA:

**REVISIÓN DE LA TESIS DENOMINADA
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

LICENCIADO JAIME FLORES CRUZ.

MARZO DE 2007.

ÍNDICE.

Introducción	I.
---------------------	-----------

APARTADO PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.

I. Estado Social y Democrático de Derecho	1.
II. Política Criminal	12.
III. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	15.
IV. Justicia social	21.
V. Poder Legislativo y el sistema de Justicia penal	24.

APARTADO SEGUNDO. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

I. Planteamiento del problema	27.
--------------------------------------	------------

II. Tesis que sustena Günther Jakobs	29.
II.I. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo	30.
II.II. ¿Terroristas como personas en derecho?	55.
III. Aspectos esenciales de la tesis de Günther Jakobs	71.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

I. Revisión de los fundamentos filosóficos de la tesis de Günther Jakobs	75.
II. ¿La filosofía de Thomas Hobbes, es el sustento de la teoría o tesis de Günther Jakobs	81.
III. ¿Del tránsito de persona a no-persona: enemigo?	86.
IV. Lo que para Günther Jakobs es evidente	92.

ÍNDICE.

BIBLIOGRAFÍA

96.

INTRODUCCIÓN.

Con motivo de la beca otorgada al suscrito por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, se acudió a la Universidad de Salamanca, España, para cursar el programa de Derecho Penal, que tuvo verificativo en el mes de enero de 2007.

En atención a lo anterior, y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 27, fracción IX, del Acuerdo General de Administración V/2006 del 15 de mayo de 2006, del Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; me permito someter a su consideración el presente estudio.

Los temas que fueron abordados en el curso de mérito, como se esperaba, resultaron de sumo interés por su implicación práctica y por la trascendencia que tienen en los diversos modelos de los sistemas de justicia penal que existen en el mundo.

Tengo que confesar, que antes de acudir al curso de Derecho Penal en tan excelsa Universidad, me sorprendió que dentro del programa respectivo se incluyera el tema relativo al “Derecho Penal del Enemigo”, el cual si bien no era totalmente

INTRODUCCIÓN.

ajeno a mi modesto ámbito de conocimientos, si me hizo pensar que ya no existía un solo Derecho Penal.

Además, otras de las inquietudes que me surgieron al respecto, fue la consistente en desde qué punto de vista se iba a tratar el tema de mérito, esto es, por lo reducido del tiempo, señalando únicamente sus aspectos esenciales, o bien, abordar el análisis de sus fundamentos filosóficos y su trascendencia político-criminal.

Como era de esperarse, el jurista que impartió la cátedra al respecto, sólo hizo referencia a los aspectos neurálgicos o esenciales del denominado “Derecho Penal del Enemigo”; fue precisamente lo que pensé a priori y que corroboré en la práctica.

La importancia del tema y su trascendencia en el ámbito del Derecho Penal, es precisamente lo que me mueve a llevar a cabo el presente estudio, pues considero, sin más preámbulo, que la tesis de Günther Jakobs denominada “Derecho Penal del Enemigo”, es el “Enemigo del Derecho Penal”.

En el curso en mención, se nos dijo que Günther Jakobs para sostener la tesis que ahora se analiza, hizo una radiografía y diagnóstico de diferentes legislaciones, y que en todas había

INTRODUCCIÓN.

encontrado un punto en común, la creación de tipos penales encaminados a sancionar actos preparatorios y el aumento de penas, específicamente por lo que se refiere a los delitos de criminalidad o delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico, entre otros.

Ahora, me propongo hacer una radiografía, también con su respectivo diagnóstico, de los fundamentos filosóficos y de la tendencia ideológica que conlleva dicha postura.

No soslayo, que mis ideas las enfrento ante la postura de uno de los más grandes juristas alemanes y del mundo, Günther Jakobs, afirmación que por sí sola explica su gran poder de síntesis filosófica, construcción y coherencia intrasistemática de sus obras; no obstante, con todo el respeto intelectual que pueda existir, sin satanizar el contenido de su discurso, tal vez como lo han hecho otros, realizaré una revisión de su tesis, esperando no regresar a mi estado de naturaleza y generar dentro de la evolución del Derecho Penal, una “lucha de todos contra todos”, como lo decía Thomas Hobbes.

Finalmente, quiero agradecer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como al señor Ministro Juan N. Silva Meza, la

INTRODUCCIÓN.

oportunidad que me fue brindada, para llevar a cabo estudios de Derecho Penal en el extranjero.

Jaime Flores Cruz.

Marzo de 2007.

APARTADO PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL¹.

I. Estado Social y Democrático de Derecho.

Como olvidar siglos y siglos de desarrollo de la ciencia del derecho penal, si pudiera olvidarse, sería porque realmente los habitantes del todo el mundo viven una vida armónica, plena y de felicidad, en donde el derecho penal ya no tendría ninguna utilidad y razón de ser.

“Si el hombre, que nació para vivir en sociedad, fuera siempre fiel en cumplir con las obligaciones que le impone la naturaleza y la misma sociedad, para hacerle feliz, no sería necesaria una autoridad superior, que le compeliere á aquello mismo, que voluntariamente debiera hacer”².

El derecho penal, es considerado como uno de los instrumentos con que cuenta el Estado para regular la conducta del hombre que vive en sociedad, pero a su vez, se entiende

¹ Lo que se expone en el presente apartado respecto al sistema de justicia penal, forma parte del trabajo que envíe a la Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, organizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

² De Lardizábal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las Penas. Ed. Porrúa. México 1982. Págs. 2 y 3.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

como el instrumento que más violentamente irrumpe en la esfera de derechos del gobernado para alcanzar dicha finalidad.

Por ello, recordando al maestro Juan Fernández Carrasquilla, el derecho penal es fuego, en donde en su punto más candente, se encuentra la pena; siendo esto así, la manera en cómo se le utilice, determinará la forma de gobierno que se ha adoptado.

En la dialéctica de la ciencia del derecho penal, se observa que el poder punitivo del Estado, *ius puniendi*, entendido como la potestad para dictar las leyes de derecho penal, imponerlas judicialmente y ejecutar las penas correspondientes, a adoptado diversas formas, que en la actualidad han dado origen a una nueva concepción de esa potestad o poder, en la cual subyacen una serie de principios a los cuales se encuentran sujetos el propio Estado así como todo gobernado, por ello se habla de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Siguiendo este orden de ideas, “la formula ‘Estado social y democrático de derecho’ supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social –a la que no se quiere renunciar- a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

esta vía, acoger una modalidad del Estado social -esto es, que tome partido efectivo en la vida social- al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control del mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho”³.

De esta manera, el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, puede explicarse en la forma siguiente:

Se alude a Estado, porque en uso de sus facultades y atribuciones, monopoliza el uso de la fuerza atendiendo a las diferentes relaciones sociales.

Es social, porque todos los actos que despliega son en beneficio y protección de la comunidad.

El calificativo de democrático, significa que debe atender a los intereses mayoritarios, en virtud de que su legitimación proviene de la participación y consentimiento de la sociedad, tanto por lo que hace los órganos que elige para efectos de su representación, como por lo que hace a la formación de la leyes.

³ Mir Puig, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Bosch, Segunda ed. España 1982. Págs. 22 y 23.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

De derecho, porque el Estado somete el ejercicio de su poder al imperio de reglas generales.

Por Estado de Derecho, se entiende “aquél cuyo poder se encuentra determinado por preceptos legales, de tal modo que no puede exigir de sus miembros ninguna acción u omisión que no tenga su fundamento en la existencia de una norma jurídica preestablecida”⁴.

Cabe precisar, que no debe confundirse el Estado de Derecho con el Estado de Leyes, en virtud de que en éste último, las leyes que emanan del Poder Legislativo pueden ser justas o injustas, sin que para el Estado tenga importancia alguna dicha circunstancia.

Es importante mencionar, que los postulados que persigue un Estado Social y Democrático de Derecho, son los relativos a la seguridad jurídica tanto en un sentido formal como en un sentido material.

La seguridad jurídica, vista desde el plano formal, significa que la ley sea escrita, previa, estricta y cierta, clasificación

⁴ De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. Décimo quinta ed. México. Pág.261.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

cuatripartita que inmediatamente nos remite al principio de legalidad.

En un sentido material, la seguridad jurídica tiende al ideal de Estado justo, para ello debe atender a la dignidad de la persona y a sus derechos, por ejemplo, debe excluir las penas prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Federal, así como el trato digno a la persona al momento de ejecutar la pena; asimismo, debe atender al efecto resocializador de la pena, principio que se encuentra consagrado en el artículo 18 de la referida Constitución y, debe atender al derecho fundamental de igualdad ante la ley⁵.

Al Estado Social y Democrático de Derecho, se le agrega que debe ser Liberal, dado que “asume una postura personalista, en la que el individuo no es sacrificado como un medio, para el logro fines colectivos, sino que tiene el valor absoluto de persona, valor que no es derivado del colectivo y en caso de conflicto

⁵ Como características del Estado de Derecho, Moisés Moreno Hernández señala las siguientes: “El Estado de derecho es en donde la población vive bajo normas previamente establecidas; El Estado de derecho es respeto a las garantías individuales; Es dar cumplimiento a la ley; Es igualdad ante la ley; Que ‘nadie esté por encima de la ley’, ni la autoridad ni los particulares; Que no haya impunidad; Que se respete la división de poderes; Que el poder judicial sea autónomo; Que haya más justicia, etcétera”. Lo que no compartimos al respecto, es cuando afirma que: “El Estado de derecho es un Estado de leyes”. Véase: Política Criminal y Reforma Penal (Algunas bases para su democratización en México). Ed. Ius Poenale. Pág. 39.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

prevalece sobre este”⁶; en otras palabras, es liberal porque tiende a proteger al individuo como persona.

Entendido de esta manera el Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho, no cabe duda que en su esencia pervive una ideología garantista⁷ y respetuosa de los derechos universales del hombre, que ineludiblemente habrá de tomarse en cuenta en la elaboración de los lineamientos para el establecimiento de un nuevo sistema de justicia penal en nuestro país.

Pero para poder seguir esta ideología, resulta indispensable analizar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, buscando con ello el fundamento que permita legitimar el establecimiento de los principios que habrán de regir dicha posición, para observar si los postulados constitucionales van

⁶ Fernández Carrasquilla, Juan. Concepto y Límites del Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1992. Pág. 89.

⁷ Luigi Ferrajoli, escribe que: “La unilateralidad del sistema..., depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respeto de los otros modelos del derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.” Véase: Derecho y Razón (teoría del garantismo penal). Ed. Trotta. España 1995. Pág. 34.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

dirigidos a que nuestro país se constituya en un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho⁸.

Es indudable que ya no se puede concebir al Estado como se entendía desde sus orígenes, en virtud de que con la evolución del pensamiento del ser humano, el mismo Estado fue transformándose al grado de que surge una nueva concepción del mismo en donde guarda una posición plurifuncional dentro de la sociedad; de ahí que se afirme, específicamente en materia de justicia, de seguridad jurídica, de seguridad pública, “que al Estado corresponde el monopolio; pues él es el único que formalmente criminaliza o descriminaliza determinadas conductas y establece los mecanismos de reacción contra la transgresión concreta de la norma; y es así que tal idea se encuentra consagrada en nuestra Constitución política, cuando en su artículo 17 expresamente se establece que ‘ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho’; que para ello ‘los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fijen las leyes’, cuyo servicio, además será gratuito.

⁸ Enrique Bacigalupo, en cuanto a este concepto, señala: En tanto el Estado social y democrático de derecho se apoya en los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo su derecho penal debe respetar en concreto dichos valores superiores. La idea de Estado social y democrático de derecho no depende de que la Constitución haga una declaración expresa en su favor; constituye la base sobre la que se asienta la mayor parte de los órdenes jurídicos europeos y americanos. Véase: Manual de Derecho Penal (parte general). Ed. Temis. Colombia 1989. Pág. 26.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

El prohibir la Constitución que las personas puedan hacerse justicia por sí mismas o que puedan ejercer violencia para reclamar sus derechos, quiere decir por tanto que esa función le corresponde exclusivamente al Estado, el que la realizará a través de sus respectivos órganos”⁹.

En este mismo orden de ideas, los elementos que caracterizan a un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho, los podemos extraer de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente de los artículos que a continuación se transcriben:

“Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

“Artículo 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

“Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

⁹ Moreno Hernández, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal (Algunas bases para su democratización en México). Op. cit. Pág. 15.

APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

Nuestra Carta Magna de 1917, atendiendo a los ideales revolucionarios, es de corte eminentemente social, de ahí que se le considere como la primera constitución del siglo XX, de contenido social.

En efecto, “la Constitución mexicana de 1917 marca indeleblemente la era de la Constituciones político-sociales, iluminando el universo con sus textos rutilantes de contenido social; en ella no sólo se formulan principios políticos, sino también normas sociales en materia de educación, economía, trabajo, etc., es decir, reglas para la solución de problemas humano-sociales”¹⁰.

Ahora bien, de los preceptos transcritos se advierte que todo poder dimana del pueblo y se instituye en beneficio de este, lo que significa que el Estado y los órganos que lo componen, tienen

¹⁰ Trueba Urbina, Alberto. La Primera Constitución Político-Social del Mundo. Ed. Porrúa. México 1971. Pág. 33.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

su origen en la expresión de la voluntad general, que por consecuencia lógica conlleva a que se actúe en beneficio y protección de estos, de ahí que el Estado mexicano pueda identificarse como social y, asimismo, de democrático, dado que dicho poder habrá de ser ejercido por los diversos entes que componen el Estado, facultades y atribuciones que se encuentran legitimadas por la participación y consentimiento de la sociedad, teniendo como limitante la potestad o poder del Estado, los derechos del gobernado reconocidos universalmente¹¹.

Son pues, estos “principios los que recoge la Constitución Política Federal, fundamentalmente en los artículos 39, 40, 41 y 49, que afirman la democracia, el Republicanismo, el Federalismo, la Representación y la División de Poderes, sobre la base del principio de Soberanía del Pueblo, el más importante fundamento que reconoce la Constitución en tanto que es la base de aquéllos, y a partir del cual expresamente se entiende al individuo, socialmente reconocido, como un fin en sí mismo, como el bien jurídico de la mayor jerarquía social y, por lo mismo, objeto central de la protección jurídica y eje de toda la regulación. La

¹¹ Se habla de derechos reconocidos universalmente, por considerarse que se trata de una concepción más amplia de los derechos del ser humano, en virtud de que si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece derechos fundamentales, específicamente en sus primeros veintinueve artículos, no hay que olvidar que existen diversos instrumentos internacionales, suscritos por México, mismos que cumplen con las formalidades que para tal efecto se requieren, que también establecen derechos que deben ser respetados por el Estado y los órganos que lo componen.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

familia, la Sociedad y el Estado, si bien implican bienes y valores ético sociales e incuestionables, que naturalmente el orden jurídico reconoce y salvaguarda, se explican, no obstante, en cuanto son ámbitos de relación de la persona social y en función del objetivo básico de su existencia y coexistencia, que es lo mismo, en el entendimiento de que para que exista un 'yo', es necesaria la presencia del 'tu' del cual se distinga y a partir del cual se identifique a sí mismo y reconozca su circunstancia, o lo que es lo mismo, no son concebibles aquéllos sino en función de la relación social del individuo, como tampoco es concebible este último si su presencia inevitable inmersa dentro de la relación social de la que forma parte, al igual que aquéllos¹².

II. Política Criminal.

Ante el despliegue de conductas que se traducen en intolerables o insoportables para la sociedad, el Estado, como una de sus funciones, debe reaccionar, pero la forma en que se reaccione no debe partir de ideologías o intenciones intuitivas,

¹² Malo Camacho, Gustavo, et al. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLIII, Núms. 191 – 192, Septiembre – Diciembre 1993. Universidad Nacional Autónoma de México. Págs. 113 y 114.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

caprichosas o justificadoras de que se está haciendo algo en contra de la delincuencia, sino que ante la realidad de los hechos se adopten las medidas idóneas para tal efecto, siempre garantizadoras de los derechos universalmente reconocidos de todas aquellas personas que viven en sociedad, de lo contrario se incurriría en una contrariedad de principios ya que el derecho penal debe ser la ultima ratio y no la primera ratio del origen de la reacción Estatal que inicialmente se ve reflejada en la política criminal.

Por política criminal, pueden entenderse todas aquellas medidas que adopta el Estado para resolver el problema de la delincuencia, pero debe señalarse, que la política criminal que adopte el Estado para ese fin, debe responder a los principios que rigen a un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho, como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual habrá de repercutir en todos los ámbitos del derecho y sistema de justicia penal que se pretendan establecer.

“La Política Criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad. La Política Criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

límites hasta dónde puede el legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal¹³.

Siguiendo este orden de ideas, la “cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la política criminal”¹⁴.

La política criminal, adquiere suma trascendencia, en virtud de que el derecho y sistema penales serán lo que la política criminal quiera hacer de ellos, en otras palabras, de acuerdo a la política criminal que adopte el Estado para solucionar los problemas de la delincuencia, es como se caracterizara el derecho y sistemas penales en todos sus ámbitos.

¹³ Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal, parte general. (tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde). Bosch Casa Editorial. Tercera ed. España. Págs. 29 y 30.

¹⁴ Roxin, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito (tr. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée). PPU: España 1992. Pág. 4.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

En atención a lo anterior, la política criminal puede “definirse como la ciencia y el arte del derecho penal y del sistema penal que deben ser (que en algunas ocasiones consiste en un ideal por realizar y en otras se traduce en un sistema penal que es y, bien que mal, funciona, porque alguien con poder de decisión estima que es el derecho penal que debe ser)”¹⁵.

Tomando en consideración lo anterior, es como se pueden formular las propuestas para establecer las bases político-criminales del derecho y sistema de justicia penal¹⁶.

III. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e Instrumentos Internacionales.

Es indudable que las medidas que adopte el Estado en su lucha contra la delincuencia, deben tener su fundamento en el cuerpo normativo denominado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuya parte dogmática, se encuentran consagrados la mayor parte de los derechos fundamentales del gobernado y los medios que garantizan esos derechos.

¹⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. Delito y Error. Ed. Temis. Colombia 1990. Pág. 6.

¹⁶ Al respecto, resultan interesantes las propuestas político-criminales que realiza Claus Roxin, propuestas a las que él denomina sus “diez mandamientos”. Véase: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1982. Págs. 6 y ss.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

Ignacio Burgoa, si bien utiliza el concepto de garantías individuales, al respecto aduce que dicho concepto “no es restrictivo, sino por el contrario, extensivo, es decir, no se debe identificar a las garantías individuales con los veintinueve primeros artículos de la Constitución, pues éstos solamente las enuncian en forma más o menos sistemática, sino referirlas a todos aquellos preceptos constitucionales que por su espíritu mismo vengan a complementar, en diversa manera, las primeras veinte disposiciones, toda vez que la declaración contenida en el artículo primero es lo suficientemente amplia para inferir que es a través de toda la Constitución como se consagran las garantías individuales o del gobernado”¹⁷.

De acuerdo a nuestra Constitución, como quedó establecido en su oportunidad, el país en que vivimos se constituye en un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho, lo cual implica que el Estado y los órganos que lo componen, sean respetuosos de los derechos fundamentales que la misma contempla, cuando actúan dentro del marco jurídico implantado ejerciendo sus facultades y atribuciones.

¹⁷ Burgoa O, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. Vigésimo Novena ed. México 1997. Pág. 188.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

En atención a ello, la política criminal que adopte el Estado debe ceñirse a los postulados que la propia Constitución establece, dado que en esta se encuentra la esencia y la razón de la existencia de nuestra sociedad; así, el Estado no es omnipotente ni omnipresente porque su actuar está determinado por una base jurídica que no le permite poseer esas características.

Sin embargo, la Constitución Federal no es el único cuerpo normativo al que debe ceñir su actuación el Estado, en virtud de que existen instrumentos internacionales, suscritos o a los que se ha adherido México, en los cuales se establecen derechos del gobernado que conjuntamente con los derechos establecidos en dicha Constitución, conforman lo que nosotros hemos denominado derechos del gobernado reconocidos universalmente.

Luigi Ferrajoli, propone “una definición teórica, puramente formal o estructural, de <<derechos fundamentales>>: son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁸.

Ahora bien, “cuestión que es preciso aclarar, se refiere a otros derechos del hombre que no están consagrados de manera específica por nuestra Constitución, pero sí en varios tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, como ha ocurrido en el mes de mayo de 1981 con los pactos de la Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos sociales, económicos y culturales, expedidos en diciembre de 1966, o la Convención Americana de los Derechos del Hombre aprobada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969”¹⁹.

La importancia de estos instrumentos internacionales, ha originado que surjan nuevas tendencias y concepciones en cuanto a los derechos que contienen.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más Débil. (tr. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Geppi). Ed. Trotta. España 1999. Pág. 37.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1985. Pág. 2.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

El artículo 133 de la Constitución Federal, alude a los tratados internacionales celebrados por nuestro país, los cuales forman parte de la ley suprema de toda la Unión, pero los derechos que prevén no gozan de la misma jerarquía de dicha Constitución.

En nuestro país, Moisés Moreno Hernández acertadamente alude, como una propuesta concreta, que las diversas garantías consagradas en Pactos y Convenios Internacionales, encuentren total cabida y clara expresión en los nuevos ordenamientos, desechando aquellos criterios que se les contraponen²⁰.

Lo que se propone en este sentido, es que la voluntad que México ha externado a nivel internacional en la celebración de esos instrumentos internacionales, también se vea reflejada a nivel interno en nuestra legislación.

La trascendencia de los instrumentos internacionales, ha conducido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Proyecto de Ley de Amparo, haya propuesto que el juicio de amparo sea procedente contra actos de autoridad que violen

²⁰ Cfr. La Justicia Penal en México: Examen y propuesta de la Academia de Ciencias Penales. Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXVI, No.2. Mayo-Ago., 2000. México. Pág. 136.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

garantías que se consagran en la Constitución, pero también, cuando dichos actos violen derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales²¹.

Como se puede advertir, es otra la concepción que se tiene de aquéllos instrumentos internacionales que consagran derechos en favor del gobernado, en primer lugar, porque ya no es suficiente que nuestro país los haya celebrado o se haya adherido a ellos, sino que resulta necesario que los derechos que contienen se vean reflejados en nuestra legislación interna, para su efectivo ejercicio por parte de sus titulares y debido acatamiento por todas las autoridades obligadas a observarlos en cada acto que emitan; en segundo lugar, en virtud de que el Máximo Cuerpo Colegiado de nuestro país, ha elevado una propuesta, para que esos derechos sean garantizados por medio del juicio de amparo, lo que ya de suyo implica someter, con alcances más amplios, a consideración de los órganos de control constitucional, los actos de los entes que reúnen la naturaleza o calidad para ser considerados autoridades en el juicio de amparo²².

²¹ El proyecto de Ley de Amparo, en su artículo 1º, textualmente dispone: "Artículo 1º. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado".

²² De acuerdo a Genaro R. Carrió: "Quizás el país de nuestro hemisferio donde mayor desarrollo ha alcanzado el amparo es México. Allí cumple una función de tutela polivalente, por decirlo así, ya que abarca desde el hábeas corpus, el amparo de casi todos los otros países de América Latina, las acciones y recursos de inconstitucionalidad y hasta ciertos remedios contra actos judiciales

IV. Justicia Social.

Para que un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho, pueda establecer un sistema de justicia, en donde el derecho penal sea reducido a su mínima y necesaria expresión, con la tendencia al respecto de los derechos del gobernado reconocidos universalmente, no debe soslayar, lo que para ello significa, la justicia social.

El sistema de justicia penal, no puede fincarse en una sociedad creada in mente, sino que atendiendo a las circunstancias y necesidades que imperan en nuestra sociedad actual, primero se deben establecer los mecanismos idóneos para que cada individuo viva una vida feliz, digna y, por lo tanto, sin delitos.

Por ello, se puede afirmar “que los derechos sociales implican, en substancia, los derechos e intereses de todos y cada uno de los sujetos integrantes de la sociedad, pues suponer que ésta tenga derechos e intereses per-se, es decir, con independencia de sus miembros individuales componentes,

(amparo por casación).” Véase: Los Derechos Humanos y su Protección (distintos tipos de problemas). Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. Págs. 36 y 37.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

equivaldría a deshumanizarla, o sea, a considerarla como una mera ficción.

“La justicia social entraña un concepto y una situación que consisten en una síntesis armónica y de respetabilidad recíproca entre los intereses sociales y los intereses particulares del individuo”²³.

No puede establecerse debidamente un sistema de justicia penal, si el individuo o la misma sociedad a la que pertenece, no gozan de las mínimas expectativas para desarrollarse y cumplir sus objetivos como seres humanos.

En estas condiciones, “antes que pueda ser legítimo condenar penalmente al que hurta, es necesario que los bienes, los servicios y las cargas sociales se hayan repartido de tal modo que no haya gente que se vea constreñida a hurtar para satisfacer sus necesidades humanas básicas; antes que pueda reputarse legítima –desde el punto de vista demoliberal- la sanción penal para la mujer que aborta, se requiere que las necesidades primarias de esta mujer estén tan satisfechas como para asegurar también la vida futura del hijo con un mínimo de dignidad; antes que se justifique condenar al verdadero delincuente político que

²³ Burgoa O., Ignacio. Op. cit. Pág. 49.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

lucha por mejores condiciones sociales para las grandes masas desposeídas de la población, es necesario que se haya instaurado un orden socioeconómico relativamente equilibrado y justo, como tal digno de ser preservado y desarrollado.

“Justicia social y dignidad humana corren parejas y para ambas es indispensable la satisfacción de las necesidades primarias del hombre, pues solo de este modo pueden llegar a florecer las primarias”²⁴.

Si los países están viviendo cambios en el sistema político, los mismos también han de verse reflejados en los otros sistemas, principalmente en el social, si es que se quiere que el de justicia penal sea funcional y realmente significativo para nuestro país.

V. El Poder Legislativo y el sistema de justicia penal.

Manuel de Lardizábal y Uribe, al hablar de las leyes tan severas, señala que “más parece que se escribieron con sangre y con la espada, que con tinta y con la pluma”²⁵.

Las palabras de Lardizábal siguen siendo vigentes, dado que la actuación del legislador, en la conformación del sistema de

²⁴ Fernández Carrasquilla, Juan. Delito y Error. Op cit. Pág. 19.

²⁵ Op. cit. Pág. 10.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

justicia penal, debe ser conducido, en todos sus ámbitos, bajo la irrestricta tendencia de la minimalización²⁶ del derecho penal y el respeto de los derechos del gobernado reconocidos universalmente, lo que responde a un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho.

Contrario a lo anterior, se encuentra el terror o tiranía penal, que todo parece indicar, es la que a regido en muchos países en los últimos tiempos; ejemplo de lo anterior, es que se han creado nuevas figuras delictivas, se han agravado las penas ya existentes, se han puesto obstáculos para obtener la libertad provisional bajo caución, asimismo, se han disminuido los derechos de defensa, han creado centros de reclusión para compurgar penas privativas de libertad, que no cumplen con los principios constitucionales de readaptación social; en fin, se han disminuido los derechos del gobernado, con la justificación de que ello es en aras de combatir y acabar con la delincuencia.

Una tendencia o ideología de esta índole, no responde a los principios de un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho,

²⁶ El minimalismo penal, reclama “una red eficaz de contenciones normativas, a fin de reconducirlo a su mínima expresión y hacerlo compatible con la filosofía política del Estado social y democrático de derecho. Por consiguiente, no se trata de trabajar en torno de proposiciones fundantes, ni de legitimar al poder penal mediante nuevas racionalizaciones, sino de comprimirlo, protegiendo la participación y el derecho a la disidencia, por medio del rescate del mayor espacio posible de libertad”. Véase: Gonzalo D., Fernández. Culpabilidad y Teoría del Delito. Vol I. Ed. Montevideo B de F Buenos Aires. Argentina 1995. Págs. 48 y 49.

**APARTADO PRIMERO.
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.**

por lo que el legislador deberá estar atento a dichos principios cuando actúe en uso de las facultades y atribuciones que le han sido conferidas, sin olvidar que en la función de garantía de la ley penal tiene mucho que ver la técnica legislativa.

“México, es un país que pertenece a los Estados que cuentan con un sistema de derecho penal democrático, principalmente porque en su Constitución política encontramos reflejados varios de los principios del sistema garantista”²⁷.

Es por lo anterior, que la creación legislativa, debe ser expresión de racionalidad y de congruencia con el ideal y discurso político criminal de la forma de Estado que adoptamos de acuerdo a nuestra Constitución Federal.

²⁷ Así lo expone Adalberto J. Porte Petit Moreno, al hablar del Código Penal Democrático. en: *Iter Criminis* (revista de derecho y ciencias penales). No. 4. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2000. Pág. 65.

APARTADO SEGUNDO. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

I. Planteamiento del problema.

Mientras que en diversas partes del mundo, se elevan las voces pregonando los derechos fundamentales del gobernado, exigiendo su observancia y cumplimiento irrestricto para todos, teniendo como estandarte la concepción del “Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho”, pretendiendo construir con ello un mejor sistema de justicia penal; como si fuera la antítesis de dicha postura, surge una tendencia que, si bien no es totalmente contraria a la descrita, propone una considerable disminución de los derechos de mérito para algunas personas que despliegan cierto tipo de conductas que dañan en grado superlativo a la sociedad, como sería en los casos de organizaciones o delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico, entre otros).

La tendencia de la que hablo se debe al ingenio y a la pluma de Günther Jakobs²⁸, misma que ha sido denominada “Derecho

²⁸ Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Penal del Enemigo”, lo que de suyo ya implica una carga ideológica de gran magnitud para el intelecto, porque parece poner en jaque el discurso penal y los órdenes normativos garantistas, para muchos, discurso y Derecho Penal de la época clásica.

Existen quienes incluso hablan de un Derecho Penal de varias velocidades, a saber: una primera velocidad, representada por el Derecho Penal de la cárcel, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; una segunda velocidad, para aquellos casos en los que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción; en la tercera velocidad, de acuerdo a esta postura, se encontraría el “Derecho Penal del Enemigo”²⁹.

Ante este panorama, se deben analizar los fundamentos filosóficos de la tendencia de mérito, para poder determinar la solidez o endeble de los argumentos que la sustentan, así como

²⁹ Cfr. Silva Sánchez, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal (Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales). Ed. B de F. Segunda ed. Argentina 2006. Págs. 183 a 188.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

las consecuencias político-criminales que puede traer consigo su adopción.

De esta manera, primero tenemos que establecer cuál es la tesis de Günther Jakobs, para que en un acto de regresión intelectual podamos analizar sus fundamentos.

II. Tesis que sustenta Günther Jakobs.

El término Derecho Penal del Enemigo, fue introducido en el discurso penal por Günther Jakobs, no con toda la intensidad y carga ideológica como actualmente lo tiene, en el año de 1985³⁰.

En la actualidad, el desarrollo de su tesis se ve reflejada en dos estudios,³¹ de los cuales se extraerán sus aspectos esenciales.

³⁰ Fue precisamente en la Ponencia denominada “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”, que presentara en el Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt; en dicha Ponencia, entre otras cosas afirmaba que: “A la definición de autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano”, “Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. Jakobs, Günther. Estudios de Derecho Penal. Ed. Civitas. España 1997. Págs. 295 y 298.

³¹ Los documentos que contienen la tesis de referencia, y que enseguida se analizarán, pueden ser consultados en su integridad en: Jakobs, Günther y Cancio Menliá, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Ed. Aranzadi. Segunda ed. España 2006. Págs. 21 a 83.

II.I. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo³².

En este primer estudio, Günther Jakobs inicia sus reflexiones con un capítulo denominado “introducción: la pena como contradicción o como aseguramiento”.

El jurista en mención, distingue entre “Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo”, reconociendo “que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro”.

Afirma, “que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquéllas a tratar al autor como persona y aquéllas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”.

En su concepto, “un Derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente;... un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”.

³² Véase la obra anteriormente citada, págs. 21 a 56.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Para Günther Jakobs, la pena es “coacción”, enseguida señala que, “está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad”.

Más adelante señala que “la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo... la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”.

El penalista de mérito, al hablar del paso del aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (tendencia a cometer hechos delictivos de considerable gravedad), arriba a una primera conclusión, en el sentido de que “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede -en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente...”.

La segunda parte del estudio que se analiza, Günther Jakobs la denomina “algunos esbozos iusfilosóficos”,

En mi concepto, el jurista alemán inicia su análisis con una afirmación que habrá de trascender en todos los niveles de su tesis, en razón de que señala que se denomina “«Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción... todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal... cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Afirma, que tal argumentación no es nueva sino que cuenta con destacados precursores filosóficos, “especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica”.

Para corroborar lo que argumenta en el sentido expuesto, hace referencia a Rousseau, quien afirma “que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social,> deja de ser <miembro> del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor”; la consecuencia de lo anterior, sería la siguiente: “<<al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano>>”.

Günther Jakobs, también alude a Fichte, el cual menciona que “<<quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos>>”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

De acuerdo al jurista alemán, “Fichte prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad»”.

El anterior sustento filosófico, conduce a Günther Jakobs a pensar en la forma siguiente: “que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder”.

Sin embargo, el jurista alemán expresamente aduce que no sigue la concepción de Rousseau y de Fichte, al menos no en toda su amplitud y consecuencias, ya que manifiesta que “en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta”.

Explica, que “un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de un hecho”.

Acude al pensamiento de Thomas Hobbes, señalando que era consciente de esta situación, quien desde su punto de vista: “Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión -junto al cual aparece, en igualdad de derecho (!) la sumisión por medio de la violencia- no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorganización”; manifiesta que “Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su status. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquéllos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»”.

Günther Jakobs, argumenta que para “Rousseau y Fichte todo delincuente es de por sí un enemigo, para Hobbes al menos el reo de alta traición”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

En cuanto a la filosofía de Kant, manifiesta que “quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de Kant, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”.

Günther Jakobs, en relación a Kant, sigue manifestando que en “su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), si por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»”.

Al respecto, Günther Jakobs, concluye que “quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente Kant, «como un enemigo»”.

La capacidad de síntesis de Günther Jakobs, lo conduce a establecer que “en la posición de Kant no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio, la constitución existente... Hobbes y Kant conocen un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona”.

Explica Günther Jakobs, que el “Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido... el Estado tiene Derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos;... los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la

APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

seguridad, con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado... Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición, en Kant quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás”.

Al estilo de los imperativos de Kant, Günther Jakobs establece que el “Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquéllos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos... Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz... El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; -con toda certeza existen múltiples formas intermedias-”.

La tercera parte de este primer estudio realizado por Günther Jakobs, lleva el nombre de “personalidad real y peligrosidad fáctica”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

En cuanto a la delimitación llevada a cabo por Hobbes y Kant, Günther Jakobs señala que “ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal –rige- por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real”.

Expone, que: “No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que Hobbes, quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así denominado, respecto del cual precisamente no se halla en correspondencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como Hobbes constata expresamente, su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Sigue señalando, que “los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”.

En concepto del jurista alemán, “el Estado moderno ve en el autor de un hecho -de nuevo, uso esta palabra poco exacta-normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo Rousseau y Fichte, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Agrega, que “las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas... cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad”.

Una vez que alude a lo que Kant argumenta en el sentido de que “cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana”, Günther Jakobs señala que: “Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Expone, que hay “otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador... está pasando a una legislación... de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas» así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud..., en su vida económica... o mediante su incorporación a una organización... se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza..., por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Günther Jakobs, hace una ulterior formulación: “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”.

El jurista alemán, no pone “en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala... quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal»... quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho -control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios respecto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.- debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”.

Concluye, que “el Derecho conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”.

La cuarta parte de este primer estudio, se intitula “esbozo respecto del derecho procesal penal”, en donde Günther Jakobs esencialmente considera que: “Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado”.

Que de “nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

dirigen a la eliminación de riesgos terroristas... Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyos territorios se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento -y sólo hasta el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros -¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?- muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra”.

En el quinto apartado de este primer estudio, denominado “descomposición: ¿ciudadanos como enemigos?”, Günther Jakobs sostiene, a manera de conclusión, que “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ello personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado”.

Desde su perspectiva, demostró que “la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial... una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana”.

Que “Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Günther Jakobs, al respecto hace una salvedad, pues aduce que “no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico... la introducción de un cúmulo... de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho... el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo”.

La sexta parte de este primer estudio, se denomina “personalización contrafáctica: enemigos como personas”.

Günther Jakobs, añade la reflexión siguiente: “: como se ha mostrado, sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real. En contra de esta posición se encuentra, sin embargo, en la actualidad la suposición corriente de que en todo el mundo existe un orden

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

minimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurrieran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena... Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el mantenimiento de la vigencia de la norma a serlo de la creación de vigencia de la norma”.

Que “en muchos lugares del mundo ocurren vulneraciones extremas de derechos humanos elementales. Ahora bien, allí donde ocurren, estas vulneraciones tienen lugar porque los derechos humanos en aquellos lugares hasta el momento no estaban establecidos en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos; pues de lo contrario, también en esos territorios serían entendidas las vulneraciones como perturbaciones del orden establecido y serían penadas, sin que fuera necesaria una jurisdicción exterior. Por lo tanto, son algunos Estados - fundamentalmente, occidentales- que afirman una vigencia global de los derechos humanos, vigencia que es contradicha en el lugar de comisión de los hechos de manera radical y exitosa al menos por parte de los autores. Ahora bien, el autor siempre niega la

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

vigencia de la norma que prohíbe el hecho respecto de la conducta que él planea; pues de lo contrario no podría cometer el hecho. En consecuencia, parece que en todo caso -tanto en el caso de una vulneración de derechos humanos en cualquier lugar del mundo como en el supuesto base de un delito dentro del Estado- el autor se dirige contra la norma prohibitiva y que la vigencia de la norma, afectada por ello, es confirmada en su intangibilidad por la pena. Sin embargo, esta equiparación supondría dejar fuera de consideración diferencias esenciales”.

Que en “el supuesto base de un delito en un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a éste se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho. Kant formuló esto afirmando que en el «estado comunitario-legal» la «autoridad» tiene «poder» tanto sobre el autor como sobre su víctima. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Para Günther Jakobs, la “situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado, del mismo modo que una pretensión jurídico-civil no se halla realizada sólo porque esté bien fundamentada. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del mantenimiento de un «estado comunitario-legal», sino, con carácter previo, de su establecimiento. La situación previa a la creación del estado «comunitario-legal» es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal», y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la creación de un orden del derecho a mantener un orden:... Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial «comunitario-legal», habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos, pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre. Derecho penal del enemigo”.

Günther Jakobs, realiza un resumen de sus ideas, en los términos siguientes:

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (Rousseau, Fichte). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

ciudadano para aquéllos que no se desvían por principio (Hobbes, Kant).

3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material -contradicción versus neutralización de peligros- encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.

5. 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.

6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra

rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.

II.II. ¿Terroristas como personas en derecho?³³

Este segundo estudio, Günther Jakobs lo inicia formulando la pregunta siguiente: “¿Puede conducirse una «guerra contra el terror» con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho?”.

El jurista alemán, alude a las diversas leyes de lucha contra la delincuencia promulgadas en Alemania, enseguida, señala que: “«Guerra» y «lucha» ¿sólo son palabras? Entonces, no habría que tomarlas demasiado en serio, o ¿sí son conceptos?; entonces «guerra» y «lucha» implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder”.

Sigue reflexionando, que “como muestra la denominación de las Leyes en cuestión, la punición de los terroristas tan sólo es una meta intermedia, no el objetivo principal del legislador; parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende

³³ Véase la obra anteriormente citada, págs. 57 a 83.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

combatir al terrorismo en su conjunto, dicho de otro modo, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad”.

Günther Jakobs, expone que “las dos Leyes más recientes... se refieren al precepto dirigido contra la creación de asociaciones terroristas..., lo intensifican y extienden a las asociaciones ubicadas en el extranjero...; se trata, por lo tanto, de la configuración de disposiciones especiales en el ámbito de los actos preparatorios punibles. Ciertamente, no hay razones de principio que se opongan a su punición: la preparación de un hecho delictivo grave perturba el orden público y puede ser penada como tal perturbación”.

También hace referencia al Código Penal del Reich alemán, que sancionaba los actos preparatorios, que correspondía con el contenido del injusto en la época en donde el asesinato se penaba con la muerte; asimismo, a la pena que actualmente le corresponde a dichos actos preparatorios, la que en su concepto, “tan sólo reducida en una pequeña distancia vergonzante”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Lo anterior, le sirve de sustento al jurista alemán para afirmar que: “De manera perfectamente equiparable a esta expansión descontrolada, la pena máxima correspondiente a la creación de una asociación terrorista es de diez años de prisión, en el caso de los cabecillas, de quince años”.

Argumenta que: “El precepto dirigido contra la creación de una asociación terrorista, por lo tanto, al menos también es Derecho de policía en forma jurídico-penal, del mismo modo que puede decirse que más de uno de los métodos de investigación llevado a cabo en virtud del libro octavo de la primera sección del Código de procedimiento penal no están tanto orientados hacia la averiguación de hechos pasados -los hechos cometidos con frecuencia son tan sólo el detonante concreto, y no la razón de fondo de las diligencias- como a la evitación de ulteriores hechos delictivos..., al igual que la causa de ingreso en prisión preventiva del peligro de reiteración delictiva... únicamente puede comprenderse como defensa frente a riesgos en una forma jurídico-procesal”.

Günther Jakobs, manifiesta que es “posible lamentarse de estas contaminaciones jurídico-policiales del Derecho penal; pero con ello no se conseguirá otra cosa... que reafirmar a la

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

comunidad de los que ya de todos modos son creyentes. Sin embargo, también cabe examinar si a la hora de tratar con terroristas —entre otros sujetos— hay peculiaridades a tener en cuenta que prácticamente convierten en necesaria tal contaminación”.

El jurista alemán, lleva a cabo un análisis recurriendo a algunos fundamentos de la teoría del Derecho Penal, señalando que: “El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. En este contexto la vigencia real debe tomarse como contraposición a una vigencia tan sólo postulada, y no impuesta, es decir, de una vigencia que no dirige la orientación. Esta prestación de orientación puede mantenerse incluso en caso de producirse un quebrantamiento de la norma: si ese quebrantamiento de la norma, precisamente, es tratado como quebrantamiento de la norma, la norma sirve como esquema de orientación y está realmente en vigor”.

Sigue manifestando, que “la separación entre vigencia del orden jurídico y seguridad de los bienes tan sólo es una verdad a medias; la otra mitad se refiere a la unión entre ambos elementos.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho injusto como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir; y son pocos los héroes y mártires. Cuanto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente, esta ruptura se aprecia en la transición de la orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva...”.

Günther Jakobs, estima que “un Estado de Derecho ni siquiera estaría en condiciones fácticas de tratar quebrantamientos masivos de las normas como hechos injustos; pues la coacción necesaria para la investigación de los hechos y para imponer las correspondientes penas es un recurso que, con mucho, es demasiado escaso”.

En este sentido, concluye que “forma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma. Este imprescindible apoyo cognitivo, sin embargo, en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

cotidianamente con base en el Derecho. Esta actitud de conducta legal apoya las expectativas normativas que se le dirigen incluso en el caso de que un ciudadano cometa un delito: por regla general, esto no tiene por qué ser entendido como rescisión general de un comportamiento conforme a Derecho. Una vez que la pena ha puesto en claro que su conducta no es adecuada para que a ella se anuden otras, después de su ejecución, en la mayoría de los casos cabe presumir que vuelve a haber fidelidad al ordenamiento jurídico”.

Que sin “embargo, la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafacticamente de modo ilimitado, más aun: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que debe proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión ya se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona -la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. Esto no significa que el

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

deber de comportarse legalmente quede disuelto -como es evidente, un deber no decae por el hecho de que sea continuamente quebrantado-, sino que lo que sucede es que ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la «base del negocio jurídico» de la libre autoadministración”.

De esta manera, Günther Jakobs sostiene que: “Cuidar de las bases de la presunción de una conducta futura conforme a la Ley es un deber positivo elemental de todos los ciudadanos; pues sólo cuando esta presunción se mantiene fundamentadamente es posible un trato tanto libre como sin temor de los ciudadanos entre ellos. Por lo tanto, la personalidad real, que dirige la orientación, no se genera por el mero hecho de ser postulada, sino, por el contrario, han de concurrir además determinadas condiciones. Por ello, la proposición «en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona» es incompleta; además, ha de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa personalidad, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

en el deber de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento”.

La conclusión fundamental del análisis anterior, Günther Jakobs la plasma en forma siguiente: “la formulación correcta de la proposición es la siguiente: «todo aquél que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona» y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”.

Günther Jakobs, explica que en “correspondencia con esto, la finalidad de la privación de libertad en el delincuente de evidente peligrosidad, como, por ejemplo, en el caso del terrorista, es distinta de la que concurre respecto de un delincuente cuya ulterior peligrosidad no muestre un grado de evidencia similar. En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción -esto resulta evidente- e infligir dolor, y este dolor se mide de tal modo que el apoyo cognitivo de la norma quebrantada no sufra por el hecho cometido”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Considera, que la “transposición de este modelo... no es suficiente en el caso de adversarios cuya actitud es por principio hostil y que son activos, es decir, entre otros, el caso de los terroristas. Pues con completa independencia de la cuestión de cuál es la culpabilidad al menos de aquel terrorista que fue socializado en una cultura hostil a la aquí existente..., en el caso de todo terrorista (como respecto de todo enemigo) de lo que también se trata es de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva”.

Günther Jakobs, resume lo anterior en la forma siguiente: “el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene mas bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en —ahora viene el término anatemizado— Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo. Con ello, también se contesta a la cuestión planteada al principio: la «lucha» contra el terrorismo no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

El jurista alemán, se plantea las interrogantes siguientes: “¿Es legítimo un Derecho penal del enemigo? Y, si se contesta afirmativamente: ¿hasta qué punto?... En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración; cuando se habla del Derecho penal del enemigo, esto no significa «Ley de fugas», «pena de sospecha» o incluso «descuartizamiento público para la intimidación» o cosas similares... En segundo lugar, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad del concepto abstracto de Estado de Derecho carece de valor. Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas, ésta es una constatación que sólo puede llevarse a cabo en abstracto; en cambio, en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad y este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del Derecho. De manera paralela a la que se expuso en relación con el concepto de persona, y también del de vigencia del Derecho, tampoco un Estado de Derecho es real porque sea pensado, postulado; y quien defienda la posición de que en el Estado de

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Derecho siempre todo debe convertirse en realidad, sin concesiones debería saber que aquel «todo» en la realidad concreta se ve acompañado por un «o nada»”.

En concepto del jurista alemán, “de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores. Pero ¿qué es necesario? En primer lugar, hay que privar al terrorista precisamente de aquel derecho del que abusa para sus planes, es decir, en particular, el derecho a la libertad de conducta. En esta medida, la situación no es distinta de la de la custodia de seguridad, aunque en el ámbito de esta institución por regla general esta privación suele ser suficiente..., mientras que, por un lado, seguramente es poco frecuente el autor terrorista aislado, y, por otro, la asociación terrorista (u otra organización criminal) precisamente no queda desbaratada cuando se neutraliza un miembro aislado. Por lo tanto, en el caso de la custodia de seguridad, es fácil limitarse a la privación de libertad, pues no hace falta nada más para alcanzar el fin perseguido. Pero en el caso del terrorista (u otro sujeto criminalmente organizado), esta limitación no es evidente, como

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

puede mostrarse con el ejemplo que probablemente es el caso más delicado, el interrogatorio más allá de los límites establecidos en el... El hecho de que este caso afecta a una problemática del Derecho de policía no es óbice: es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo”.

Más adelante, Günther Jakobs manifiesta que “en una sociedad que concibe al Estado como instrumento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales, no cuadra que algunos deban sacrificarse, renunciando así a todas sus expectativas de felicidad. Un Estado en tal sociedad despersonaliza cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables”.

Que si “el Estado, en caso de extrema necesidad, incluso frente a sus ciudadanos que no son responsables de ella, no conoce tabú alguno, sino hace lo necesario, mucho menos podrá imponerse tabúes en el ámbito de las medidas para la evitación de esa extrema necesidad dirigidas contra terroristas, es decir, contra quienes generan la situación de necesidad, al menos no dentro del marco de lo necesario...”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

El jurista alemán, afirma que “la exclusión del terrorista es autoexclusión: se ha convertido a sí mismo en terrorista o ha incumplido de otro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado en el marco de lo necesario. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, este ámbito es menos delicado, ya que el terrorista puede sustraerse a la heteroadministración mediante cooperación, al menos, en principio. Es mucho más escandaloso en términos de Estado de Derecho cuando se recurre a un terrorista para la defensa frente a riesgos que no parten de él. Éste es el caso, en particular, cuando se le impone una pena con fines de prevención general negativa, es decir, por ejemplo, cuando el terrorista es penado con extrema dureza por su participación en una asociación terrorista... únicamente para intimidar a otros partícipes, siendo heteroadministrado, por lo tanto, no por su peligrosidad, sino por la tendencia delictiva de otras personas; dicho de otro modo: cuando es tratado no como persona potencial, sino como parte del colectivo de los enemigos. Pero esto en nada afecta ya al problema específico del Derecho penal dirigido contra terroristas, sino con carácter general a la teoría de la pena, en la que no sólo la prevención general negativa, sino también muchos elementos de la prevención especial son más cercanas al Derecho penal del enemigo de lo que habitualmente suele leerse”.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

Günther Jakobs, señala que volvamos al terrorista: “su punición mucho antes de la producción de lesiones o su duro interrogatorio no cuadran en un Estado de Derecho perfecto; pero tampoco cuadra ahí el derribo de un avión de pasajeros. Ambas cosas pertenecen al Derecho de excepción, del mismo modo que en su día se creó la incomunicación como Derecho de excepción, al principio incluso *praeter legem*, lo que, por lo demás, muestra que el Estado no puede eludir el dilema renunciando a regular: la excepción se producirá de todos modos sin su intervención, y ya aparecerá el Derecho que se amolde a ella”.

Expresa el jurista alemán, que “cuando el Estado establece una regulación, debería distinguir con claridad entre aquello que sólo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que de lo contrario, el Derecho penal del enemigo contamina el Derecho penal del ciudadano... esta separación de esferas presupone que el Estado pueda identificar y tratar abiertamente a aquellos autores respecto de los que -al menos en un ámbito de gran importancia- no pueda mantenerse la presunción de una conducta conforme a Derecho como lo que son, es decir, como enemigos al menos sectoriales. Hasta diez años de pena privativa de libertad por la mera

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

pertenencia a una organización terrorista, o las investigaciones encubiertas, o las escuchas indiscriminadas, o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva, y más cosas no son per se ataques al Estado de Derecho, sino que sólo lo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad o de proceso penal ordinario. Sin embargo, quien sólo reconozca -sit venia verbo- al Estado de Derecho permanente de buen tiempo, induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción; dicho de otro modo, el Estado de Derecho imperfecto se representa como perfecto a través de un léxico ideológico. Esta infravaloración de la complejidad de la realidad estatal es peligrosa, ya que obstruye la perspectiva para ver cuándo el Derecho penal está sobre el suelo seguro del Derecho penal del enemigo, y cuándo sobre el terreno tan resbaladizo del Derecho penal del enemigo.

Günther Jakobs, culmina este segundo estudio de la forma siguiente: “Vuelvo de nuevo sobre la cuestión planteada al principio: ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

esa guerra; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos”.

III. Aspectos esenciales de la tesis de Gunther Jakobs.

Günther Jakobs, define a los enemigos señalando que son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante la incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento.

A través del Derecho Penal del Enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, por ende, en él la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

De acuerdo a esta concepción, se está en presencia de un Derecho Penal del Enemigo, en los casos siguientes:

a) En primer lugar, tomando en cuenta el *iter criminis*, se aprecia en la legislación la creación de tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que tienen la naturaleza de preparatorios.

b) En la legislación se aprecia una desproporcionalidad de la penas.

c) Günter Jakobs, desde la perspectiva de su país, Alemania, aprecia la creación de diversos ordenamientos “de lucha o de combate” contra el terrorismo.

d) En el Derecho Penal del Enemigo, existe una disminución de garantías y derechos procesales.

e) Disminución de beneficios y derechos en el ámbito del Derecho Penitenciario.

Ensayando una definición del Derecho Penal del Enemigo, se podría decir que es una opción político-criminal, se trata de un Derecho Penal de excepción o paralelo, por consecuencia

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

diferente al del ciudadano, en donde se propone una gran disminución de derechos sustantivos y adjetivos para el denominado enemigo o no-persona, que interviene en la comisión de delitos como el terrorismo, creación de organizaciones delictuosas y narcotráfico, hechos delictivos que ponen en riesgo la existencia de la sociedad.

El enemigo para el jurista alemán, es quien vive del delito, para el delito y por el delito; por ello, distingue al ciudadano del enemigo, a quien corresponde un Derecho Penal del Ciudadano y un Derecho Penal del Enemigo, respectivamente:

a) En el Derecho Penal del Ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho Penal del Enemigo la eliminación de un peligro.

b) En el Derecho Natural de argumentación contractual, en realidad todo delincuente es un enemigo (Rosseau, Fichte); para mantener un destinatario para expectativas normativas, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (Hobbes, Kant).

c) Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal, por lo que no

**APARTADO SEGUNDO.
LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo; siendo que esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

La base central de la tesis de Günther Jakobs, descansa en la idea de que existen determinados seres humanos (delincuentes), que no pueden ser considerados como personas, son no-personas o enemigos, por tal motivo, no les puede ser aplicado el Derecho Penal normal u ordinario a que están sujetos los ciudadanos o las personas (Derecho Penal del Ciudadano), sino de otra índole que es excepcional respecto de aquél y que se rige por sus propias reglas (Derecho Penal del Enemigo).

APARTADO TERCERO. RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

I. Revisión de los fundamentos filosóficos de la tesis de Günther Jakobs.

La filosofía, es una ciencia que busca la verdad, es la ciencia universal del ser que nos da las últimas y más altas explicaciones sobre las cosas.

¿De dónde vengo?, ¿Quién soy?, ¿Para dónde voy?, son algunas de las preguntas a las que trata de dar respuesta la filosofía; de esta manera, la filosofía se nos presenta como una concepción de hombre, del mundo y de la vida, de acuerdo a la común manera de pensar, de sentir y de querer³⁴.

No obstante, sucede que la verdad que encuentra el filósofo no es permanente o eterna, puesto que lo que para él es la verdad de su filosofía, no lo puede ser para otro filósofo.

³⁴ “Las grandes obras filosóficas se caracterizan por una notable combinación: por una parte, comportan una concepción del mundo y de la vida unilateral y de irreductible personalidad, y por otra, manifiesta a la vez un substrato humano de necesidad supraindividual y fundado en la vida; esto supone que aquí obra una típica personalidad psíquica, la objetividad interior de una personalidad que obedece a su propia ley”; véase Simmel, Georg. Problemas Fundamentales de la Filosofía. Ed. Uteha. No. 62. Secc. 7. México 1961. Pág. 22.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

De esta manera, cada una de las posturas filosóficas trata de dar una respuesta, una verdad³⁵, sobre todo aquello que es aprensible y motivo de cuestionamiento por parte de la mente humana.

La trascendencia de la adopción de una postura filosófica, es que puede servir de sustento a una teoría o tesis emitida sobre determinada problemática; pero el aspecto neurálgico de ello, radica en la tendencia que se le dé a la misma y las consecuencias que repercuten directamente en el ser humano, concibiéndolo en toda su dimensión, independientemente de que pueda ser designado de diferentes maneras.

La filosofía de Thomas Hobbes, que utiliza Günther Jakobs para sustentar su teoría o su tesis, se encuentra contenida en la obra denominada “Leviatán”³⁶, pero debe destacarse que el jurista

³⁵ No desconozco, que la axiología, parte de la filosofía, establece la univocidad del término “verdad”.

³⁶ Leviatán es un monstruo marino, así descrito en la Biblia por Job. Interpretando la obra de Thomas Hobbes, significará un hombre artificial, un gigante de varios brazos de temible cabecita. Dicho filósofo, al respecto, señala que: “De este modo he determinado la naturaleza del hombre (cuyo orgullo y otras pasiones le compelen a someterse a sí mismo al gobierno) y, a la vez, el gran poder de su gobernante, a quien he comparado con el Leviatán, tomando esta comparación de los dos últimos versículos del Cap. 41 de Job, cuando Dios, habiendo establecido el gran poder del Leviatán, le denomina rey de la arrogancia. Nada (167) existe –dice- sobre la tierra, que pueda compararse con él. Está hecho para no sentir miedo. Menosprecia todas las cosas altas, y es rey de todas la criaturas soberbias”. Véase: Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil). Ed. Fondo de Cultura Económica. Décimo cuarta ed. México 2006. Pág. 262.

APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.

alemán olvida algunos aspectos esenciales de dicha filosofía que inevitablemente debilitan su postura y con ello el discurso del Derecho Penal del Enemigo.

En el “Leviatán”, Thomas Hobbes defiende el absolutismo político, utiliza el método de la ciencia demostrativa, partiendo de axiomas³⁷, esto es, verdades evidentes.

De acuerdo a Thomas Hobbes, el hombre natural se compone tanto de pasión como de razón.

En el estado natural o de guerra, esto es, en el que se encontraba el ser humano antes de vivir en sociedad, no existe límite alguno para el deseo como para el Derecho: todos los hombres tiene derecho a todo, son iguales por naturaleza, no existe un poder común que regule su conducta; el estado natural es, ante todo, un caos subjetivista.

Ante este panorama, es por lo que los hombres se mantienen en una constante “lucha de todos contra todos” (Bellum omnium contra omnes), pues cada quien atiende a su

³⁷ “Los axiomas que Hobbes obtiene al retroceder desde el Estado existente hacia sus razones, a partir de las cuales deduce la forma del Estado correcto, son el egoísmo natural del hombre y su miedo a la muerte, es decir, motivos que son constantes a todos los hombres y en toda circunstancia”, así lo señala: Straus, Leo. La Filosofía Política de Hobbes (su fundamento y su génesis). Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina 2006. Págs. 205 y 206.

APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.

propio beneficio, en donde no existen límites para ellos, que la propia oposición de los demás seres humanos. Si dos hombres desean lo mismo y no pueden disfrutarlo ambos, se vuelven enemigos.

El ser humano no se deja guiar por valores morales, sino por la fuerza de sus pasiones, de ahí que considere que “el hombre es el lobo del hombre” (homo homini lupus³⁸).

En concepto de Thomas Hobbes, el estado natural es un estado de guerra permanente, en donde la seguridad del ser humano dependerá de su fuerza e ingenio.

La naturaleza humana, tiene una doble composición: las pasiones que se inclinan hacia la guerra y la paz, así como la razón; las pasiones que se inclinan hacia la paz, están reguladas por leyes de la naturaleza, que pueden ser descubiertas por medio de la razón.

Thomas Hobbes, en su obra denominada “Leviatán”, enumera 19 de las mencionadas leyes naturales, destacando por su importancia a las siguientes:

³⁸ Locución que primero fue utilizada por Titus Maccius Plautus.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

a) La búsqueda y el seguimiento de la paz mientras pueda obtenerse; en el caso de que no se pueda conseguir, habrán de utilizarse los medios de la guerra.

b) La capacidad de renunciar a sus propios derechos (para poder establecer un contrato con otros seres humanos).

c) Cumplimiento de los pactos y la aceptación de las consecuencias que de ellos se deriven.

d) Los seres humanos deben cumplir estas leyes, pero como en el estado natural no es así, se necesita de un poder coercitivo, público, respaldado en la fuerza, con capacidad de castigar a quienes las infrinjan.

El contrato o pacto entre los seres humanos, da como resultado la creación de la sociedad civil; lo que genera que se cree una persona ficticia que posee todos los derechos y, por ende, no está sometida a restricción alguna; las leyes de mérito lo serán en sentido estricto cuando se entiendan hacia el interior de un Estado, ya que pueden ser impuestas y, por ende, su violación castigada a través del poder de la espada.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Dicha persona ficticia es el soberano, quien no forma parte del contrato, por lo que de acuerdo a Thomas Hobbes, no tiene obligación o limitación alguna respecto de los súbditos, ya que no ha pactado nada con ellos.

Thomas Hobbes, con su argumentación, pretende dar una explicación filosófica al origen de la sociedad civil y a la legitimación del poder, respecto de su racionalidad como forma de control del ser humano visto en lo individual, a quien considera inútil y nocivo por naturaleza.

Es por lo anterior, que estima que una vez que la soberanía surge del contrato, no puede cambiarse la forma de gobierno, así como que no puede irse en contra de la autoridad; surge de esta manera un poder absoluto, simultáneamente, surge un deber de obediencia también absoluto.

El poder soberano para legislar, no está supeditado a las leyes civiles existentes, pues al estar atado a sí mismo, no está limitado en forma alguna.

Para Thomas Hobbes, el hombre es libre en estado de naturaleza, pero con motivo del contrato, renuncia a sus derechos, con determinadas limitaciones, que es precisamente lo

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

que fija los límites de su libertad en la sociedad civil; una vez que el ser humano abandona el estado de naturaleza, la ley es la que representa la libertad de la sociedad, crear un orden es doblegar la naturaleza humana.

II. ¿La filosofía de Thomas Hobbes, es el sustento de la teoría o tesis de Günther Jakobs?

Como se puede apreciar, el ser humano-enemigo, proveniente de la filosofía de Thomas Hobbes, es retomado por Günther Jakobs para sustentar su teoría o tesis, pero de una forma parcial, ya que las ideas que expuso el filósofo inglés al respecto, eran acordes con la idea del soberano o el Estado absoluto, que no tiene limitación alguna y, por ende, no tiene que rendirle cuentas a los súbditos³⁹.

³⁹ Thomas Hobbes, afirma que: “En efecto, todos los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han cesado de serlo por algún pacto precedente. Ahora bien, contra los enemigos a quienes el Estado juzga capaces de dañar, es legítimo hacer guerra según el derecho original de naturaleza; en esa situación, la espada no discrimina, ni el vencedor distingue entre el elemento perjudicial y el inocente, como ocurría en los tiempos pasados, ni tiene otra consideración de gracia sino la que conduce al bien propio del pueblo”; Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil). Op cit. Pág.260. Al respecto, debo señalar que en la Alemania Nazi, se facultó al juzgador para imponer penas a quien fuera en contra del “sano sentimiento del pueblo”, asimismo, en Rusia también se facultó al juzgador para imponer penas a quien fuera en contra de “los ideales de la revolución socialista”; como se puede apreciar, en ambos países la justificación fue porque era “en beneficio del pueblo”: Sin embargo, las disposiciones que contenían dichos supuestos de hecho, eran totalmente violatorias del principio de legalidad, por contener tipos penales totalmente en blanco, es decir, no describían los elementos constitutivos de la conducta mandada o prohibida.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

En la filosofía de Thomas Hobbes, el ser humano es inútil, nocivo, en una sola palabra, malo por naturaleza, de ahí que en el estado de naturaleza siempre exista una lucha de todos contra todos, o bien, que el hombre sea el lobo para el hombre, hasta en tanto se instituye, mediante el contrato que únicamente se da entre los seres humanos, la sociedad civil y, con ella, el Estado omnipotente y omnipresente el cual coercitivamente y sin limitaciones impondrá el orden sin limitación alguna⁴⁰.

Cuando Günther Jakobs retoma esta concepción filosófica para sustentar su teoría o tesis del Derecho Penal del Enemigo, sin que lo reconozca expresamente, está aceptando la instauración del Estado de corte totalitario o autoritario, de ahí su propuesta de que puedan disminuirse derechos sustantivos y adjetivos cuando se trate, en su concepto, de enemigos.

Sin soslayar que la filosofía descrita, si es que podemos llamarle bélica o belicista, únicamente sirve de sustento a la teoría o tesis que ahora se cuestiona, debe señalarse que Thomas Hobbes no arriba a las conclusiones, con esa carga ideológica, que obtiene Günther Jakobs de sus reflexiones.

⁴⁰ Thomas Hobbes, afirma: “En cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano”; Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil). Op cit. Pág. 257.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

El que Thomas Hobbes denomine enemigo a quien actúa en contra de la sociedad civil, y que por tal motivo deba combatírsele con los instrumentos de la guerra, no es sino una propia extensión de su idea original del ser humano que, en estado de naturaleza, siempre vivió en una constante lucha, en una guerra que sólo podría extinguirse, en principio y aparentemente, a través del contrato y de la renuncia a determinados derechos.

De esta manera, la calificación de enemigo, es acorde con la concepción del hombre, del mundo y de la vida del propio filósofo inglés, ya que quien no puede superar el estado de naturaleza cuando ya se encuentra creada la sociedad civil y, por consecuencia, el Estado, debe calificársele como enemigo, pues sigue inmerso en una guerra que para él es interminable.

Pero si esto es lo que se desprende de la concepción filosófica de Thomas Hobbes, en otros casos se aprecia que es común utilizar ciertos calificativos para designar a quien atenta en contra de los valores esenciales de la sociedad, así se le ha denominado criminal, delincuente, desviado o desviante, en el caso, enemigo.

Aristóteles, mucho antes que el filósofo inglés, señalaba que el ser humano es un animal político (zoón politikón) destinado por

APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.

naturaleza para vivir en sociedad, sino fuese así, o bien sería un Dios, o una bestia que no necesita nada de lo sociable⁴¹.

Lo anterior, significa que si bien Thomas Hobbes alude al término enemigo, al cual también harían referencia Fichte, Rousseau y Kant, como lo describe Günther Jakobs en los dos estudios de mérito, únicamente es para diferenciar, desde su teoría absolutista del Estado, la forma en cómo se tiene que proceder en contra de aquél.

En mi concepto, Günther Jakobs le da una interpretación diferente a la filosofía de Thomas Hobbes, ya que éste no arribó a la conclusión de que el enemigo era una no-persona, sino que dicha acepción la utilizó para distinguir a los seres humanos que estaban de acuerdo con el contrato y con el poder ilimitado otorgado al soberano o al Estado, de aquellos que no obstante la creación de la sociedad civil, seguían en estado de naturaleza guiados por sus pasiones y su fuerza física.

La concepción filosófica de Thomas Hobbes, es un esfuerzo intelectual para dar una explicación sobre el origen de la sociedad civil y del poder del soberano o del Estado; el castigo o la sanción

⁴¹ “El hombre es un animal a quien no le es dable vivir fuera de la sociedad. No se trata de algo accidental, sino de algo ontológico. A la sociedad sólo se podría sustraer una bestia o un Dios, pero no un hombre”. Véase: Basave Jr., Agustín. Breve Historia de la Filosofía Griega. Ed. Botas. México 1951. Pág. 113.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

a quien sigue permaneciendo en estado de naturaleza, el enemigo, es una consecuencia directa de la inobservancia del contrato, pero ello dista mucho de que el enemigo pueda ser considerado como una no-persona, como lo afirma Günther Jakobs.

La acepción “enemigo”, a que aluden Hobbes, Fichte, Rousseau y Kant, es utilizada por Günther Jakobs para hacer su propia construcción filosófica y, por consecuencia, para establecer sus propias conclusiones, específicamente en lo relativo a que unos son los ciudadanos, a quienes le es aplicable el Derecho Penal del Ciudadano (el cual mantiene la vigencia de la norma), y otros, las no-personas o enemigos los cuales deben estar sometidos a un orden normativo diferente denominado Derecho Penal del Enemigo (el que combate peligros); en lo que convergen las posturas de Hobbes y de Jakobs, es que sus ideas desembocan en la creación de un Estado absolutista, totalitario o autoritario⁴².

⁴² “Pero cuando hablamos del <<nuevo Derecho Penal autoritario>> nos estamos refiriendo a un Derecho Penal más autoritario de lo normal; de un Derecho Penal que se ha colado de rondón, <<por la puerta falsa>> de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho Penal, que algunos han llamado , y parece que asumido como inevitable, <<Derecho Penal de Enemigos>>, es hoy en día una tarea urgente y necesaria...”; así lo señala Muñoz Conde, Francisco, en Mutaciones de Leviatán (legitimación de los nuevos modelos penales). Ed. Akal. España 2005. Págs. 167 y 168. También del mismo autor: El Derecho Penal del Enemigo. (conferencias magistrales). Número 6. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2003.

III. ¿Del tránsito de persona a no-persona: enemigo?

Ahora bien, la distinción que realiza Günther Jakobs entre ciudadano y enemigo, también es muy cuestionable, puesto que señala que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda la normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”.

Al respecto, podría reflexionarse si por la circunstancia de que el enemigo (quien no demuestra fidelidad a la norma o quien no ofrece una seguridad cognitiva) insiste en permanecer en estado de naturaleza, puede ser sometido a determinada normatividad; considero que no puede afirmarse como lo hace Günther Jakobs, que al responsable de un hecho (enemigo) deben disminuirse sus derechos sustantivos y adjetivos y, por otro lado, aplicarle en toda su extensión las normas que establecen la sanción respectiva y su ejecución, independientemente de que Günther Jakobs reconozca que “el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”.

El ser humano, no puede dejar de ser persona para convertirse en una bestia (Aristóteles) o en un enemigo (Günther

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Jakobs), con motivo del despliegue de un hecho conminado con pena criminal, porque ya sea que guarde o no fidelidad a la norma, que comparta o no sus valores, o bien, que preste o no una garantía mínima cognitiva de comportamiento personal, siempre estará sometido a los diferentes órdenes normativos que se relacionan con el ámbito penal⁴³.

No se puede justificar que por una razón de derecho a la seguridad, de todos los seres humanos que viven en sociedad, se etiquete a una persona como “enemigo” y de ahí derivar una serie de consecuencias que se desprenden del discurso de Günther Jakobs, principalmente que el enemigo es una no-persona (porque no se pudo mantener en ese status o porque no se condujo como tal); en mi concepto, es un contrasentido, en razón de que no puede tratarse al ser humano como no-persona, para efectos de disminuir o limitar derechos sustantivos y adjetivos, y como persona en relación con la facultad punitiva del Estado⁴⁴.

⁴³ “Si queremos tener ante nosotros la imagen del hombre sobre la que descansa un determinado orden jurídico, no tenemos más que fijarnos en lo que ese orden jurídico ha plasmado como derechos subjetivos y en lo que ha plasmado como deberes jurídicos. El respecto de los derechos subjetivos es casi tan importante para el orden jurídico como el cumplimiento de los deberes jurídicos”; véase: Radbruch, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión. México 1985. Pág. 157.

⁴⁴ Thomas Hobbes, señalaba lo siguiente: “... que el mal infligido por la autoridad pública, sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de pena, sino de acto hostil, puesto que el hecho en virtud del cual un hombre es castigado debe ser primeramente juzgado por la autoridad pública, para ser una transgresión de la ley”. Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil). Op cit. Pág. 255.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Debo reiterar, que no me impresiona que Günther Jakobs denomine a la persona que comete determinados hechos ilícitos de gran magnitud (organizaciones criminales, terrorismo, narcotráfico) “enemigo”, sino la carga ideológica que le imprime a su teoría o tesis, por el peligro que representa para el sistema de justicia penal propio de un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho⁴⁵.

En la ciencia del derecho penal y, por consecuencia, en la ley, siempre se han hecho distinciones entre los diferentes tipos de delincuentes, por ejemplo, primo-delincuentes, habituales y reincidentes, a quienes se les imponen diferentes clases de consecuencias jurídicas tomando en cuenta dicha circunstancia, así como la naturaleza del hecho ilícito cometido.

Lo que sucede, es que Günther Jakobs le da más relevancia al daño de la vigencia de la norma, que a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado; estableciendo una tendencia a un Derecho Penal de Autor, en donde la persona no es sancionada por el hecho que cometió, sino por lo que es o por la forma en que condujo su vida (conducción de vida).

⁴⁵ Independientemente de lo anterior: “La distinción entre hombres “buenos” y “malos”, ciudadanos y enemigos, constituye una simplificación, cuyas consecuencias no son compatibles con la dignidad humana”; así lo establece: Ambos, Kai. Derecho Penal del Enemigo (el discurso penal de la exclusión). Vol. 1. Edisofer – B de F. Argentina 2006. Pág. 151. Dicha obra se compone de dos volúmenes, en donde el lector podrá consultar diversas opiniones respecto de la teoría o tesis denominada Derecho Penal del Enemigo.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Convengo en que a las cosas a que llamarles por su nombre, una cosa es un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho y, otra, un Estado Absolutista, Autoritario y Totalitario.

Desde mi espectro y horizonte, considero que se puede buscar una determinada filosofía para sustentar una teoría o tesis, pero lo evidente no puede justificar por sí mismo que la postura que se adopte sea la mejor, porque tanto lo evidente como la propia postura no pueden ser las correctas, por ejemplo, puedo inclinarme por la filosofía de Nietzsche⁴⁶, en lo relativo al “superhombre”, y de ahí construir una teoría en el sentido de que el delincuente es un ser débil y que hay que suprimirlo por ser deforme.

Con dicha conclusión, regresaría a los orígenes de la humanidad, en donde los castigos que se imponían a los seres humanos eran crueles en toda la extensión de la palabra, sin soslayar que actualmente se siguen aplicando, como podría ser la

⁴⁶ “No es bueno aquello que sirve al prójimo sino lo que sobrevive en la lucha por la existencia. La bondad en el sentido cristiano sólo tiende a prolongar la agonía de los débiles. Verdadera bondad es suprimirlos, como suprimían los espartanos a los deformes. En las luchas de la sociedad y de la historia es bueno el que vence y el vencedor impone su moral de violencia selectiva”, véase: Vasconcelos, José. Manual de Filosofía. Ed. Botas. Segunda ed. México 1950. Pág. 274. “Si la voluntad de poder es una voluntad de dominio y si aceptamos, con Nietzsche, que esa voluntad de dominio es un hecho que ha de convertirse en derecho, la consecuencia obvia de su filosofía es que la nueva moral habrá de ser moral de los fuertes cuya fuerza verdadera habrá de eliminar la fuerza ficticia de los aliados por debilidad”; así lo expone: Xirau, Ramón. Introducción a la Historia de la Filosofía. Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. Décima reimpresión de la Décimo tercera ed. México 2005. Pág. 387.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

pena de muerte a través del ahorcamiento; desde hace muchos siglos, se establecieron diversas posturas con las que se ha tratado de superar dicha tendencia, limitando o poniéndole diques a la facultad punitiva del Estado, así lo demuestra la evolución de la ciencia del derecho penal.

Estimo, que si se ha de buscar una corriente filosófica que sirva de sustento a lo que estoy pensando, debe hacerse partiendo de la idea de que es para mejorar la condición humana, no para mancillarla, los problemas que aquejan a nuestra sociedad actual, podrían encontrar sus soluciones atendiendo a otro tipo de factores, ya que de lo contrario se incurriría en la tiranía penal, en donde ya no se consideraría al ser humano como un fin en sí mismo, sino como un medio para cumplir con fines sociales o colectivos⁴⁷.

En su primer estudio, Günther Jakobs hace la afirmación siguiente: “Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”; entiendo que se refiere al estado de naturaleza, pero también podrá ser aplicable a la sociedad civil; si esto es así, lo que cabría preguntarse al respecto, es quién está ganando actualmente la

⁴⁷ “La filosofía del derecho de la época posmoderna debe estar determinada por la preocupación por el derecho y esto significa: la preocupación por el hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas”; véase: Kaufmann, Arthur. La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad. Monografías jurídicas. No. 77. Ed. Temis. Colombia 1998. Pág. 72.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

guerra de mérito, y, consecuentemente, si estaremos dispuestos a someternos a la norma que cualquiera de las partes, la ganadora, en contienda nos imponga.

El ser humano, debe hacer actos de regresiones hacia sus orígenes, pero para rescatar lo bueno para su propio beneficio y el de la sociedad, pero no para resolver la conflictiva social por medio de una lucha de todos contra todos, como concibió Thomas Hobbes a los seres humanos, en el estado de naturaleza⁴⁸.

IV. Lo que para Günther Jakobs es evidente.

Al igual que Thomas Hobbes, Günther Jakobs parte de axiomas, de verdades evidentes.

Günther Jakobs, hace una radiografía de la legislación de su país, Alemania, para establecer que existen diversas Leyes de combate contra el terrorismo (guerra, lucha), señalando que contienen un trato diferenciado para los denominados enemigos, tanto en el plano del Derecho Penal sustantivo, como en el adjetivo.

⁴⁸ “En definitiva, la relatividad y la contingencia de todo orden social, asimismo deducible de –y, por tanto, avalado por- las historia de las ideas políticas y ético-jurídicas, es un hecho que debería impedir el etiquetamiento de ningún hombre como enemigo y la despersonalización y deshumanización que conlleva semejante etiquetamiento”; así lo expone: Gracia Martín, Luis. El Horizonte del Finalismo y el “Derecho Penal del Enemigo”. Ed. Tiran lo Blanch. España 2005. Pág. 199.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Es innegable que las legislaciones de todo el mundo, en los últimos tiempos y más que en los pasados, ha experimentado una expansión del Derecho Penal sustantivo y adjetivo, por lo que hace a la delincuencia organizada, terrorismo y “otras infracciones penales peligrosas”, pero eso no justifica que el problema de la delincuencia deba resolverse disminuyendo o limitando derechos de esa índole; Günther Jakobs, pretende justificar y sostener una posición en tal sentido, a partir de los cambios legislativos descritos (que son evidentes) y de lo que aconteció en Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001⁴⁹.

De esta manera, pretende combatir a lo que el denomina enemigo, con el poder de la espada, esto es, con los instrumentos de la guerra.

En primer lugar, resulta importante en grado sumo señalar, que la expansión del Derecho Penal en el sentido descrito y el evento lamentable aludido, son objeto de escrutinio por parte de una gran parte de los juristas, los que los han sometido al análisis y descartado muchos aspectos jurídicos y de hecho que no han

⁴⁹ Independientemente de lo lamentable de dicho evento, en donde las partes involucradas formarán parte de las páginas blancas o negras del libro de la historia de la humanidad, no puedo concebir cómo a partir de ello una teoría o tesis, como lo es la que en el caso se analiza, tiene demasiado auge y, en el citado evento, pretende encontrar su justificación.

APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.

resistido la crítica, también esto es “indicativo de una pacificación insuficiente”.

Por otra parte, debo afirmar que “no estamos en una guerra” para tratar de resolver el problema de la delincuencia con instrumentos bélicos, sino que esto debe ser a través de la razón⁵⁰ y con respeto a la dignidad humana; además, debemos recordar que si bien en las legislaciones y en el propio discurso de diversas personas se manejan algunas palabras como podrían ser: combate, lucha, guerra, movimiento de contraataque, el lenguaje utilizado no nos puede conducir a realizar una afirmación de tal naturaleza.

Quienes tuvieron “una actitud heroica y de mártir”, han sido los que lucharon para que el Estado reconociera los derechos del ser humano, sin distinción, y los plasmara formal y materialmente en la ley, limitándose de esta manera la facultad punitiva del propio Estado.

⁵⁰ De acuerdo a Zea, Leopoldo: “... surge el tema que más preocupa a Hobbes, el de la guerra y la paz... Hobbes ha encontrado el instrumento para lograr la verdadera felicidad del hombre, este instrumento es la razón...”; véase: Introducción a la Filosofía (la conciencia del hombre en la filosofía). Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Edicol. Séptima ed. México 1979. Págs. 230 y 231.

**APARTADO TERCERO.
RADIOGRAFÍA DE LA CONCEPCIÓN DENOMINADA DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO.**

Si tenemos que considerar, indefectiblemente, que estamos en una guerra, debemos analizar que cuando la guerra supera a la razón, todos perdemos y todos estamos perdidos.

BIBLIOGRAFÍA.

Ambos, Kai. Derecho Penal del Enemigo (el discurso penal de la exclusión). Vol. 1. Edisofer – B de F. Argentina 2006.

Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal (parte general). Ed. Temis. Colombia 1989.

Basave Jr., Agustín. Breve Historia de la Filosofía Griega. Ed. Botas. México 1951.

Burgoa O, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. Vigésimo Novena ed. México 1997.

De Lardizábal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las Penas. Ed. Porrúa. México 1982.

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. Décimo quinta ed. México.

Fernández Carrasquilla, Juan. Concepto y Límites del Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1992.

BIBLIOGRAFÍA.

Fernández Carrasquilla, Juan. Delito y Error. Ed. Temis. Colombia 1990.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón (teoría del garantismo penal). Ed. Trotta. España 1995.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más Débil. (tr. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Geppi). Ed. Trotta. España.

Gonzalo D., Fernández. Culpabilidad y Teoría del Delito. Vol I. Ed. Montevideo B de F Buenos Aires. Argentina 1995.

Gracia Martín, Luis. El Horizonte del Finalismo y el “Derecho Penal del Enemigo”. Ed. Tiran lo Blanch. España 2005.

Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal, parte general. (tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde). Bosch Casa Editorial. Tercera ed. España.

Hobbes, Thomas. Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil). Ed. Fondo de Cultura Económica. Décimo cuarta ed. México 2006.

BIBLIOGRAFÍA.

Jakobs, Günther. Estudios de Derecho Penal. Ed. Civitas. España 1997.

Jakobs, Günther y Cancio Menliá, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Ed. Aranzadi. Segunda ed. España 2006.

Kaufmann, Arthur. La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad. Monografías jurídicas. No. 77. Ed. Temis. Colombia 1998.

Malo Camacho, Gustavo, et al. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLIII, Núms. 191 – 192, Septiembre – Diciembre 1993. Universidad Nacional Autónoma de México.

Mir Puig, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Bosch, Segunda ed. España 1982.

Moreno Hernández, Moisés. La Justicia Penal en México: Examen y propuesta de la Academia de Ciencias Penales. Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXVI, No.2. Mayo-Ago., 2000. México.

BIBLIOGRAFÍA.

Moreno Hernández, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal (Algunas bases para su democratización en México). Ed. Ius Poenale.

Muñoz Conde, Francisco. El Derecho Penal del Enemigo. (conferencias magistrales). Número 6. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2003.

Muñoz Conde, Francisco. Mutaciones de Leviatán (legitimación de los nuevos modelos penales). Ed. Akal. España 2005.

Porte Petit Moreno, Adalberto J. Código Penal Democrático. Ius Criminis (revista de derecho y ciencias penales). No. 4. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2000.

Radbruch, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión. México 1985.

R. Carrió, Genaro. Los Derechos Humanos y su Protección (distintos tipos de problemas). Ed. Abeledo-Perrot. Argentina.

BIBLIOGRAFÍA.

Roxin, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito (tr. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée). PPU: España 1992.

Roxin, Claus. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1982.

Silva Sánchez, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal (Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales). Ed. B de F. Segunda ed. Argentina 2006.

Simmel, Georg. Problemas Fundamentales de la Filosofía. Ed. Uteha. No. 62. Secc. 7. México 1961.

Straus, Leo. La Filosofía Política de Hobbes (su fundamento y su génesis). Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina 2006.

Trueba Urbina, Alberto. La Primera Constitución Político-Social del Mundo. Ed. Porrúa. México 1971.

Vasconcelos, José. Manual de Filosofía. Ed. Botas. Segunda ed. México 1950.

BIBLIOGRAFÍA.

Xirau, Ramón. Introducción a la Historia de la Filosofía. Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. Décima reimpresión de la Décimo tercera ed. México 2005.

Zea, Leopoldo. Introducción a la Filosofía (la conciencia del hombre en la filosofía). Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Edicol. Séptima ed. México 1979.

OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1985.

Proyecto de Ley de Amparo.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.