



Derecho penal del enemigo

KAI AMBOS

Traducción de
Carlos Gómez-Jara Díez
y **Miguel Lamadrid**

Universidad
Externado
de Colombia

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho



Derecho penal del enemigo

KAI AMBOS
Traducción de
Carlos Gómez-Jara Díez
y **Miguel Lamadrid**

Universidad
Externado
de Colombia

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad
Externado
de Colombia

**Centro de Investigación
en Filosofía y Derecho**

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS
N.º 41

Serie orientada por
Eduardo Montealegre Lynett
Director del
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

KAI AMBOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
DIRECTOR DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
EXTRANJERO E INTERNACIONAL, UNIVERSIDAD DE GÖTTINGEN

TRADUCCIÓN DE
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ
Y MIGUEL LAMADRID

Derecho penal del enemigo

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Título original: *Feindstrafrecht*, publicado en la "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", t. 124 (2006), pp. 1 a 30. También publicado en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DíEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid y Buenos Aires, 2006, pp. 119 a 162. Agradezco al ayudante científico Sr. NILS MEYER-ABICH la importante ayuda prestada en la recopilación de materiales y la conformación del artículo original. Traducción del original de CARLOS GÓMEZ-JARA DíEZ. Actualización y revisión por el autor con la colaboración de MIGUEL LAMADRID , doctorando de la Universidad Pompeu Fabra y becario daad en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Todas las traducciones de originales alemanes son de GÓMEZ-JARA, LAMADRID o del autor.

ISBN 978-958-710-226-0
ISBN 978-958-710-490-5 E-BOOK
ISBN EPUB 978-958-710-939-9

© 2007, KAI AMBOS

© 2007, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ y MIGUEL LAMADRID
(Trads.)

© 2007, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (571) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Primera edición: julio de 2007

Imágen de cubierta: *Perseo*, por Cellini, 1554, Bronce,
Florencia

Composición: Departamento de Publicaciones

I. INTRODUCCIÓN

La recuperación del derecho penal del enemigo por parte de GÜNTER JAKOBS ha generado olas de gran altura no sólo en la discusión jurídico-penal de habla alemana, sino principalmente de habla española, portuguesa e italiana^{1}. Como ocurre tan habitualmente, el pensamiento de JAKOBS ha sido introducido rápidamente por sus talentosos discípulos en los países dominantes del ámbito jurídico de la Europa continental -el llamado "derecho continental"-. En la versión española de mi "Parte general del Derecho penal internacional" ya me había pronunciado sobre las nuevas tesis de JAKOBS señalando que:

Prescindiendo de que tal concepción difícilmente se pueda mover hoy en el terreno de nuestro orden constitucional, centrado en la dignidad humana, es más preocupante que pueda conceder a futuros regímenes injustos una legitimación teórica, piénsese sólo en la propagación masiva de las tesis jakobsianas en el ambiente latinoamericano"^{2}. "Se trata [...] de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad intrínseca de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del estado del derecho penal fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bién, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario^{3}. Esta vuelta de la concepción de JAKoBs del derecho penal del enemigo ni siquiera por todos sus discípulos [.] y no puede ser defendida invocando simplemente los méritos de la concepción global del citado pensador. En fin, lo que merece ser criticado en la nueva posición de Jakobs es su ambigüedad hasta en la utilización de ciertos términos, una ambigüedad que sí puede dar lugar a abusos^{4}.

Sigo considerando que esta crítica, cuya esencia comparten numerosos autores^{5}, es correcta; sin embargo, ahora considero que debe distinguirse entre la aplicación del derecho penal del enemigo como categoría analítico-descriptiva para criticar el derecho penal expansivo^{6} de carácter nacional e internacional y su postulación y legitimación en el sentido de un programa político- criminal^{7}. A JAKOBS sólo se le puede reprochar esto último en calidad de protagonista de la discusión actual. Por tanto, en lo que sigue me propongo demostrar -después de una aproximación histórica al concepto de enemigo (infra I)- que el discurso de JAKOBS ha pasado de una mera descripción a un programa político-criminal (especialmente en infra II.B.2) y que es en ese punto donde radica lo alarmante y peligroso (II). A ello le contrapongo el modelo de un derecho penal adecuado al ser humano, que si bien no es nuevo, vuelve a ser importante.

I. EL ENEMIGO, UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

A. El enemigo en la filosofía del derecho y del Estado

En sus escritos sobre el Estado ideal, ARISTÓTELES exige que sus ciudades se preparen para tiempos de guerra y para tiempos de paz. se debe evitar que los enemigos conquisten la ciudad y ello a través de mecanismos reforzados y zonas y formas de construcción de difícil acceso^{8}. cuando trata el tema del enemigo externo, las reflexiones de ARISTÓTELES sobre aquellos ciudadanos del Estado que "se deberían haber comportado como las partes de un todo al que pertenecen" hacen referencia al enemigo interno: El que no puede o no debe vivir en comunidad no es "miembro del Estado y por tanto, ni un animal ni un Dios"^{9}. Más claro aún se lo pone Zeus a Hermes en el mito de Prometeo: "a quien no puede hacer suyas las costumbres y el

derecho se le puede matar como se mata a un miembro enfermo del Estado"[{10}](#). Cicerón, por el contrario, advierte sobre sólo tomar en consideración a los conciudadanos y no a los extranjeros; y ello debido a que en ese caso la sociedad común al género humano desaparece y con ella "el buen hacer, la generosidad, la bondad y la justicia"[{11}](#). Este ideal de respeto mutuo referido al extranjero tiene, no obstante, ciertos límites en relación con los enemigos: "Cuando un buen hombre pudiera robar las ropas del cruel e inhumano tirano Parláis para no morir de frío, ¿no lo haría?"[{12}](#). El propio Cicerón proporciona la respuesta a esta pregunta retórica; así, no lo considera reprochable cuando el bien social restringe los derechos "de quien no resulta en modo alguno útil"[{13}](#). Más aún, en este ámbito resultan necesarias la separación y la exclusión:

Con tiranos no existe sociedad alguna, sino la más tajante de las separaciones, y no es contrario a la naturaleza robar a quien resulta

un honor matar. Toda esta estirpe que trae consigo la desgracia y esta alejada de Dios debe ser excluida de la comunidad de los seres humanos, pues del mismo modo que algunas partes del cuerpo han de ser amputadas cuando ellas mismas pierden la sangre y en cierto sentido el aliento de la vida, perjudicando a las demás partes del cuerpo, asimismo esta bestialización con forma humana, este monstruo horroroso debe ser excluido de la común humanidad del cuerpo^{14}.

También en el *Digesto*^{15} se distingue entre enemigos externos e internos: enemigos son aquellos con los que entramos en guerra; en general, ladrones y piratas^{16}. También es enemigo aquel que, con mala intención y espíritu traicionero, abandona la patria^{17}; pero no lo es, sin embargo, aquel con quien existe una relación de amistad, hospitalidad o análogas^{18}.

Para LOCKE, la violencia de un miembro de la en sí misma "pacífica" comunidad natural^{19} conduce al estado de guerra^{20}, el cual anula todas las obligaciones fundamentadas en el contrato social y

otorga a cada individuo el derecho a oponerse al agresor^{21}. LOCKE diferencia entre este estado de guerra limitado que se desencadena mediante una infracción de la ley y la rebelión contra el orden establecido^{22}. Mientras que en este caso depende de en qué medida la autoridad estatal ha provocado la rebelión^{23}, en el estado de guerra es

razonable y justo que yo tenga un derecho a eliminar aquello que amenaza con eliminarme. Puesto que, al igual que la ley fundamental de la naturaleza es que la humanidad perdure tanto como sea posible, debe preferirse la seguridad del inocente cuando no pueda perdurar la seguridad de todos.

Al hombre que le declara la guerra a uno se le debe matar como a un animal carnívoro, puesto que ese tipo de seres humanos no están vinculados mediante la ley común de la razón, y no conocen otras reglas que no sean las de la fuerza bruta y la violencia. Por tanto, se les debe tratar como a animales carnívoros, como a cualquier criatura peligrosa y lesiva que le