



2 2010

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

lib
ere

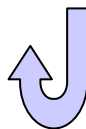


αΛεθηια
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
MOREU SERRANO, GERARDO	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)



SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

1-35 [Bases competenciales en materia de investigación biomédica: del extravío al redescubrimiento del artículo 149.1.1.ª CE y de la dignidad de la persona como claves habilitantes de la regulación homogénea de la genética humana](#)

Jesús Bobo Ruiz

36-50 [La opción fiscal y las reducciones del artículo 20 de la Ley 29/1987](#)

Victor Caro Robles

51-71 [Las reglas de adecuación de la sanción en la parte especial del Código Penal Cubano](#)

Aymara Jarrosay Veranes

72-85 Derecho Penal del enemigo. ¿Solución o caos?

Marien Piorno Garcell

JURISPRUDENCIA

Págs.

86-134 [Cuando el delito fiscal viaja a bordo de un caleidoscopio: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal por subsunción irrazonable de la conducta en el tipo penal \(STC 57/2010, de 4 de octubre\)](#)

José Luis Martín Moreno

135-146 [Indemnización por incumplimiento de contrato relativo a la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos \(STS de 5 de octubre de 2010\)](#)

Cristina Español Fuensanta

147-159 [Consideración de la “regularización voluntaria tácita” como una contradicción conceptual, incompatible con el régimen de recargo con exclusión de sanciones del artículo 61.3 de la anterior LGT \(STS de 27 de septiembre de 2010\)](#)

José Luis Martín Moreno

160-169 [Prescripción de la acción responsabilidad extracontractual ejercitada por el actor frente a su esposa al descubrir que un hijo inscrito como matrimonial no era suyo. Resulta inaplicable al caso la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida \(STS 445/2010, de 14 de julio\)](#)

Cristina Español Fuensanta

Derecho penal del enemigo. ¿Solución o caos?

RESUMEN: El artículo analiza las soluciones que el Derecho Penal busca ante nuevas realidades sociales y criminales: Derecho penal del enemigo, Derecho penal simbólico y el Derecho penal de dos velocidades. Deteniéndose en el primero concluye que el adelantamiento de la punibilidad que conlleva rompe con el principio de intervención mínima y otros principios, llevando a la arbitrariedad y a desigualdades sociales. Adelanta como soluciones la corrección en las causas y el empleo de otras ramas del Derecho, como el Derecho Administrativo.

ABSTRACT: The article discusses the solutions that Criminal Law finds to the new social and criminal realities: Criminal Law for the enemy, Symbolic Criminal Law, Two Speed Criminal Law. Focusing on the first one the paper concludes that it leads to the advance of criminal liability which breaks the principle of minimum intervention to the advance of criminal liability which breaks the principle of minimum intervention and other principles, which implies arbitrariness and inequality. The author introduces as solutions the correction of the causes and solutions coming from other branches of Law, such the Administrative Law.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal. Derecho Penal del enemigo. Mínima intervención.

KEY WORDS: Criminal law. Criminal Law for the enemy. Minimum intervention.

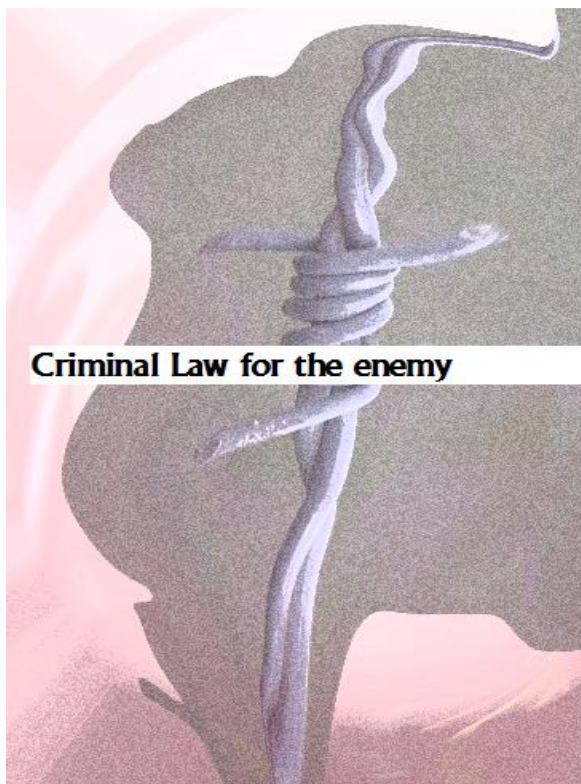
CDU: 343. Derecho Penal. 343.6. Delitos contra la persona.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. ¿SOLUCIÓN O CAOS?

Marien Piorno Garcell

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. DISCUSIÓN SOBRE LAS DISTINTAS SOLUCIONES DEL DERECHO PENAL. III. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN



Criminal Law for the enemy

En la actualidad la humanidad es víctima del incremento de delitos, de nuevas formas de criminalidad organizada, de la globalización, del terrorismo y otros males sociales que generan inseguridad, incertidumbres, temor, caos, luchas y afectaciones humanas.

Esta situación ha generado a su vez una problemática doctrinal en busca de la solución idónea, al coexistir dos posiciones:

1. Una que ha desarrollado un conjunto de tendencias modernas del Derecho Penal tales como el Derecho Penal del Enemigo (objeto de estudio de nuestro trabajo), el Derecho Penal de Dos Velocidades, el Derecho Penal Simbólico, que conducen al adelantamiento de la punibilidad, al endurecimiento de las penas, al surgimiento de otras conductas delictivas y a la extensión del Derecho Penal a otros ámbitos que hasta el momento no integraban el conjunto de bienes jurídicos objetos de regulación o protección penal.

2. Otra que refiere que de aplicar estas tendencias se rompería con el ideal de intervención mínima del Derecho Penal, no siendo esa la solución correcta, porque no podemos olvidarnos que el Derecho Penal, como sistema de control social, sólo podrá tener eficacia si va acompañado y apoyado por otros sistemas de control social, los informales, que tiene su inicio en el núcleo familiar, en la comunidad educativa, en las asociaciones civiles, en las asociaciones profesionales, religiosas. Por tanto, la solución no debe venir de las directrices de un Derecho

Penal de Dos Velocidades o de un Derecho Penal del Enemigo, las leyes penales, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico. Se debe dejar de generar un Derecho Penal Simbólico, que como está demostrado, empíricamente, de nada sirve.

Es necesario desarrollar un proceso penal ágil que sirva como instrumento para la aplicación efectiva del Derecho Penal. Para lograr ese propósito ¿Cuál resultará ser el mecanismo idóneo?, si partimos del siguiente planteamiento doctrinal: *“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos al delitos, sino la infalibilidad de ellas”*, ya que *“La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres”*.

II. DISCUSIÓN SOBRE LAS DISTINTAS SOLUCIONES DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que emanan del poder punitivo del Estado reguladoras de las conductas delictivas o constitutivas de estados peligrosos, para las cuales establece sanciones o medidas de seguridad.¹ De ahí que su fin² es prevenir hechos futuros y castigar los ya ocurridos inevitablemente, siendo marcadamente represivo.

¹ las sanciones y medidas de seguridad se diferencian según su origen, fin, efectos y límites de la siguiente forma:

- La sanción requiere de la imputabilidad y la culpabilidad, en cambio la medida de seguridad puede aplicarse sin la concurrencia de esos presupuestos.
- La sanción tiene su origen en un delito, las medidas de seguridad en una conducta, en un estado.
- La sanción tiene como uno de sus fines la supresión, las medidas de seguridad se proponen la desaparición del estado peligroso.
- La sanción da origen a la reincidencia, la medida de seguridad no puede ser causa de esas instituciones.
- Es característica de la sanción su determinación mientras que la medida de seguridad por su naturaleza es indeterminada.
- La sanción es represiva y la medida de seguridad es preventiva.

²La finalidad del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social, pues con el Derecho Penal se pretende proteger aquellos intereses que la sociedad considera relevantes de acuerdo a su idiosincrasia (vida, libertad, propiedad, orden y seguridad públicas, el normal y transparente desenvolvimiento de la Administración Pública, etc.) a través de la represión, o sea, el castigo al infractor. El Derecho Penal es esencialmente represivo. Actúa generalmente cuando el daño ocasionado por el delito ya está consumado. Actúa *post-delictum*.

Resulta polémico que el Derecho Penal asuma una doble función, siendo por un lado expresión de la voluntad estatal y por otro, límite del ejercicio del *ius puniendi*³, lo que garantiza con la aplicación de principios como la legalidad socialista, la culpabilidad y la proporcionalidad. Sin embargo, lo más curioso es que en la actualidad producto a los nuevos requerimientos de las sociedades modernas ha ido perdiendo su esencia, al destinarse a una funcionalidad política, pasando de ser ese límite fundamental del poder estatal a convertirse en el mecanismo más eficaz del Estado para ejercer sus intereses políticos, económicos y sociales.

Esta nueva forma de aplicación del Derecho Penal va en ascenso, pues los Estados como miembros de la Comunidad Jurídica Internacional son víctimas de nuevas formas de criminalidad organizada, eminentemente económicas que generan inseguridad y pánico en la sociedad y el Derecho Penal ha desarrollado mecanismos que van más allá de la simple aplicación de sanciones y medidas de seguridad, optando por la criminalización de nuevas conductas especialmente omisivas y de peligro abstracto, la amplitud de los supuestos típicos ya existentes, el adelantamiento de la punibilidad, el endurecimiento de las penas, la aparición de nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho Penal y la restricción de garantías procesales en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito.

...la aplicación del Derecho Penal del Enemigo lejos de solucionar los problemas actuales, los incrementaría y generaría el ejercicio despótico del poder estatal... como dijera ROXIN “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante El Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”.

Esta supuesta solución o respuesta del Derecho Penal a las exigencias de las sociedades modernas ha provocado su expansión e intervención en ámbitos que hasta el momento no integraban el conjunto de bienes jurídicos objetos de regulación o protección penal, la ruptura del ideal de *ultima ratio* y un estado de emergencia que, siguiendo a ZAFFARONI se caracteriza

por fundarse en un hecho nuevo o extraordinario, por la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por el hecho nuevo; por la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal⁴, las que más bien proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del

³ El ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios). En ese sentido, el Estado de Derecho brinda a sus habitantes las llamadas garantías constitucionales como instrumentos de protección.

⁴ Con la aplicación de estas sanciones penales se vulneran los principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas y de resocialización del condenado.

problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, dando nacimiento a un Derecho Penal simbólico.⁵

Con la vigencia del Derecho Penal simbólico aparecen nuevos delitos que buscan impresionar a la población y lograr en ella una actitud de respeto a las normas penales que existen y que están listas para ser aplicadas, pero con el fin de que lograda la conciencia en la sociedad que genera obediencia sea innecesaria la aplicación del Derecho. Este Derecho se caracteriza por superar los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal.

El Derecho Penal Simbólico y el adelantamiento de la punibilidad son los pilares básicos que conducen al surgimiento del Derecho Penal del Enemigo. EDMUNDO MEZGER en relación a este particular, expresó el 13 de febrero de 1943 “que en el futuro habrían 2 o más derechos penales, un Derecho Penal para la generalidad y un Derecho Penal complementario, diferente para grupos especiales de determinadas personas, *V. gr:* los delincuentes por tendencia, pero lo decisivo sería determinar en que grupo debía incluirse a la persona en cuestión. Una vez que se realizara la inclusión, el Derecho especial debería aplicarse sin límites”.⁶

GÜNTHER JAKOBS ha sido el máximo exponente del Derecho Penal del Enemigo, pues en el congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania a la criminalización en estadio previo a la lesión del bien jurídico, retomó el ideal del MEZGER y propuso la separación en casos excepcionales del Derecho Penal del Enemigo en oposición al de los ciudadanos, con el fin de conservar el Estado Liberal, tesis que en esos momentos no fue de gran aceptación.

Es a partir del Congreso de Berlín en el año 1999 que esta tendencia moderna del Derecho Penal toma auge, porque se orientó hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, donde JAKOBS distingue entre el Derecho Penal del Ciudadano dirigido a personas y el Derecho

⁵ El Derecho Penal Simbólico surge como característica de una sociedad moderna de riesgo que al no poder enfrentar las amenazas y peligros modernos, va a necesitar de un vínculo causal y de una responsabilidad jurídica y social. Su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal.

⁶ *Vid.* DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Derecho Penal del Enemigo. ¿Una solución aceptable?*, Boletín ONBC No.22 de Enero-Marzo, 2006, Ediciones ONBC, pág.26-32.

Penal del Enemigo destinado a no personas, que según el autor es necesario para combatir el terrorismo y otros males del mundo actual.⁷

La separación del Derecho Penal del Ciudadano y el Derecho Penal del Enemigo sólo se produce de forma parcial. No debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un sólo contexto jurídico penal, donde el Derecho Penal del Ciudadano se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma y el Derecho Penal del Enemigo se orienta a combatir peligros.

Aún y cuando se reflejan como tendencias opuestas en un mismo contexto jurídico, JAKOBS plantea que guardan cierta relación, pues el Derecho Penal del Ciudadano degenera la figura del delincuente habitual por el delincuente reincidente y es mediante la misma que se daría la transición de persona o ciudadano a no persona o enemigo, además en el Derecho Penal del Ciudadano está presente la leve defensa frente a riesgos futuros y en el Derecho Penal del Enemigo puede tratarse al sujeto activo como persona, al concederle en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano.

Más allá de su postura, JAKOBS afirma que “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”.⁸

El Derecho Penal del Enemigo lo componen aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos penales se apartan de la pretensión del Derecho Penal de la normalidad, puesto que al faltar la lesión al bien jurídico, la punibilidad encuentra fundamento en la sola peligrosidad del autor manifestada en una acción dirigida a la realización de un hecho futuro. De ahí que a través de dichos tipos penales se criminalicen comportamientos que representen la sola permanencia a una organización criminal, es decir, que representen peligrosidad social.

Este Derecho se caracteriza⁹ por la anticipación de la protección penal, representando el cambio de perspectiva del hecho pasado al futuro; por el aumento sensible de las escalas penales;

⁷Para más detalles Vid. VÍQUEZ A, Karolina, *Derecho Penal del Enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, disponible en: Karolina.va@costarricense.cr, consultado el día 20 de diciembre de 2009.

⁸ *Idem*.

⁹ Conforme el pensamiento de JAKOBS, la reacción del ordenamiento jurídico frente a delitos tales como la criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, delitos sexuales aberrantes, etc., no se concibe

por el tránsito de la legislación jurídico penal a la legislación de lucha y el socavamiento de garantías procesales¹⁰. No se trata del castigo de una causación reprochable de daño social, sino la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre definido como peligroso. Se traslada del Derecho Penal del hecho al Derecho Penal del autor.

El sujeto activo de la conducta en el Derecho Penal del Enemigo se define por el solo hecho de constituir un peligro para el bien jurídico. Siguiendo esta tesis, se justifica la función manifiesta de la pena como la eliminación de un peligro, puesto que el sujeto activo de la conducta, observado limitadamente desde la protección de bienes jurídicos, es concebido tan sólo como fuente de peligro.

Según JAKOBS, este sujeto activo denominado “enemigo” es un individuo que mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, se caracteriza por haber abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta.

El tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial. Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

Criterios doctrinales han manifestado que las medidas de seguridad constituyen una modalidad de respuesta que reserva el Derecho Penal para cumplir su función protectora de bienes jurídicos en la sociedad. Estas complementan su sistema de reacción, para enfrentar aquellos casos en los que no es posible la aplicación de penas porque faltan los supuestos y condiciones de

como la compensación de un daño a la vigencia de la norma penal, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

¹⁰ Vid. JAKOBS, GÜNTHER-CANCIO MELIA, Manuel- *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-56.

aplicabilidad o cuando su aplicación resulta insuficiente para conseguir los propósitos que justifican la legitimación y actuación de este conjunto de normas.¹¹ Pero resulta que la tendencia actual ya no es aplicar medidas de seguridad a los individuos, sino más bien a las personas y el Derecho Penal del Enemigo a los individuos declarados no personas.

De acogerse el Derecho Penal del Enemigo ¿Qué sucede con las medidas de seguridad? ¿Acaso pierden su efecto jurídico, se tornan ineficaces o quizás se limiten al Derecho Penal del Ciudadano, dejando el Derecho Penal del Enemigo a los declarados no personas? Pero a su vez pueden surgir otras interrogantes, en el supuesto de hecho en el que un individuo asuma una conducta determinada que resulte socialmente peligrosa sin llegar a lesionar ningún bien jurídico ¿Nos encontramos ante un enemigo o ante un ciudadano?, ¿Cómo es posible diferenciarlo si en ambos derechos se regula el estado peligro, lo que en uno como tal y en otro como delito propiamente dicho?

Hay que valorar, si resulta suficiente cumplir con el requisito de ser reincidente e integrar una organización delictiva para considerarse no persona un individuo, y más si de esta caracterización del sujeto puede resultar la pérdida de los derechos y garantías fundamentales otorgados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹² a todos los individuos, o es mejor acogerse al planteamiento de FICHTE que refiere “que quien abandona el contrato ciudadano, en sentido estricto, pierde todos sus derechos como ciudadano, y cual ser humano, pasa a un estado de ausencia completa de derechos.”¹³

Una vez declarado un sujeto “no persona”, resulta interesante preguntarse si como consecuencia, además de la pérdida de derechos, deberes y garantías constitucionales, se vulneran los principios que regula el Derecho Internacional, pues la tesis sobre el Derecho Penal del Enemigo plantea que el Derecho de los Ciudadanos es para aquellos que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción.

¹¹ PETROCELLI las define como un medio coactivo mediante el cual el ordenamiento jurídico consigue la sujeción de un interés para tutelar otros a los fines de una ordenada convivencia social.

VON LISZT refiere que han de ser entendidas como aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad o la eliminación de los inadaptables, en sentido estricto.

¹² El artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos refiere que todos los individuos gozan de todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna y el artículo 5 prohíbe las torturas, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Para ilustrar mejor este particular *Vid*, Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el 22 de diciembre de 2009.

¹³ FICHTE citado por el DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Op cit*, pág.28.

Partiendo de que esta posición doctrinal¹⁴ surge como un medio de respuesta a la peligrosidad social que genera una minoría de personas en las sociedades modernas, debido a su actuar criminal sin que se lleguen a producir necesariamente lesiones a los bienes jurídicos protegidos por el legislador, podemos preguntarnos si esto justifica realmente la existencia de una legislación sustantiva y adjetiva sin garantías para los sujetos activos. ¿Acaso nos encontramos ante la proposición de aplicación de dos tendencias opuestas de un sólo contexto jurídico del Derecho Penal o realmente de dos formas de ejercicio del poder estatal, uno democrático y otro tirano?

CANCIO MELIÁ¹⁵ manifestó que no podíamos aceptar como inevitable el Derecho Penal del Enemigo, no puede ser un segmento instrumental de un Derecho Penal moderno, pues resulta políticamente erróneo, inconstitucional y abusivo. Tampoco contribuye a la prevención fáctica del delito, al contrario, ha contribuido a incrementar las organizaciones terroristas. Es ilusoria la imagen de dos sectores que puedan coexistir en un mismo ordenamiento jurídico.

Como dijera el Dr. RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA “El Derecho Penal del Enemigo permite legalizar los medios más inusitados, ilegales e inmorales, que utiliza el Estado contra los ciudadanos, etiquetándolos como enemigos”.

¹⁴ De acuerdo con la tesis del Derecho Penal del Enemigo el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes, entendiendo por tales a los individuos que delinquen o que han cometido un error, o sujetos a quienes hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico, que implica En el Derecho Penal del Ciudadano el individuo debe ser un sujeto procesal con derecho a pedir pruebas, asistir a interrogatorios y en especial, no ser engañado ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones. Sin embargo las regulaciones del proceso penal del enemigo se caracterizan por la predilección de métodos fuertes de tipo inquisitivo, se aprecia una connotación parcializada en la acusación, un uso abusivo de la prisión preventiva, donde el proceso se convierte no en la averiguación objetiva de la verdad sino en un proceso ofensivo en el cual el juez se hace enemigo del reo y busca como encarcelarlo.

¹⁵ CANCIO MELIÁ citado por el DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Op cit*, pág. 31.

HASSEMER¹⁶ plantea la necesidad de reducir el Código Penal a un Código Penal básico, que comprenda las lesiones a los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente, las puestas en peligros graves y evidentes, procurándose también proteger los bienes jurídicos universales a través de una formulación típica precisa al servicio de los bienes jurídicos individuales. Asimismo, se deben alejar del Derecho Penal los problemas que no le competen, como infracciones administrativas, civiles y otras, y concluye que: “(...) mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado al Derecho Penal a la modernidad, se hubieran regulado en una especie de Derecho de la Intervención, situado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionador administrativo, el Derecho Civil y el Derecho Público”¹⁷.

Se plantea en la doctrina que de poner en vigencia el Derecho Penal del Enemigo aplicable a sujetos activos especiales estaríamos ante un Derecho de Emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos. Ello, lleva a SILVA SÁNCHEZ a preguntarse si ante esta postura nos encontramos ante un Derecho Penal de Tercera Velocidad¹⁸, el cual pareciera que de a poco va tendiendo a estabilizarse y crecer, se pregunta además si este Derecho Penal del Enemigo sigue siendo un Derecho o es una reacción defensiva frente a los excluidos.

Para SILVA, en el conflicto establecido entre un Derecho Penal amplio y flexible y un Derecho Penal mínimo y rígido, se debe hallar un punto medio, y sobre la base de las calidades de las penas vigentes, sostiene que la función racionalizadora del Estado sobre una demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado funcional y por otro lado,

¹⁶ El catedrático de la Universidad de Frankfurt (Alemania) considera que aquel Derecho Penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad, que representaba una imagen de delito como delito de lesión a un bien jurídico, en la actualidad no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales y llega a considerarlo como “contraproducente y anacrónico”, y el nuevo Derecho Penal rompe con esa tradición en la medida que lo consume (fenómeno que él denomina “la dialéctica de lo moderno”), pasando a caracterizarse por tres notas:

- Protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización;
- La prevención como paradigma penal dominante, en el sentido de que al “Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro” y en la que subyace subliminalmente la noción de que “el fin parece justificar los medios”;
- La orientación a las consecuencias como meta dominante en la que el Derecho Penal pretende ser considerado “un instrumento de pedagogía social y de transformación”.

¹⁷ Tomado de DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Op cit*, pág. 31.

¹⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2º edición, 2001, p. 163.

garantista. Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión.¹⁹

Manifiesta que una de las posibles soluciones a los problemas actuales puede ser la utilización de otras ramas del Derecho con efectos menos costosos que el Derecho Penal; el empleo de mecanismos indemnizatorios del Derecho de daños o de la responsabilidad civil; opinando que resulta imposible volver al viejo y buen Derecho Penal liberal, y que la respuesta de dar al Derecho Administrativo todo lo nuevo del Derecho Penal representa una postura loable, desde perspectivas academicistas.

El Dr. Ramón de la Cruz Ochoa establece un conjunto de medidas que han de tener en cuenta la sociedad y el Estado para el diseño de la política criminal y para mejorar el control del delito, referidas a la disminución de los factores que generan el desarrollo de la delincuencia, el desarrollo de la educación, la familia, la igualdad de oportunidades laborales y sociales, ingresos económicos que estén en armonía con el costo de la vida en cada país, generación de empleos genuinos y no subsidios estatales temporales, mejoramiento del control social informal, la modernización de los procesos penales, asegurar una mayor provisión de recursos humanos y materiales a las fuerzas de seguridad y al poder judicial, alcanzar un equilibrio entre seguridad y debido proceso, entre otros.

La aplicación del Derecho Penal del Enemigo no es la solución a los problemas actuales, pues en la normativa legal de algunos países, se regulan los estados peligrosos a través de la imposición de medidas de seguridad. Tampoco es menester justificar la aplicación de esta tendencia para aquellas personas que integran organizaciones para delinquir, pues Códigos Penales como el de Cuba, protegen el orden público y sancionan el mero acto de asociarse para delinquir.

¹⁹ En ese orden de ideas si la pena es de prisión, se debe mantener el sistema rígido de garantías del Derecho Penal clásico, y si la pena es privativa de Derechos, se permite la flexibilización de dichos criterios, lo que resulta más cercano al Derecho Penal moderno, quedando caracterizadas de ese modo las dos velocidades del Derecho Penal: una primera velocidad representada por el Derecho penal de la cárcel y una segunda velocidad, para los delitos de penas privativas de derechos o pecuniarias. Para más información *Vid.* DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Op cit*, pág. 31.

Si a estos argumentos le agregamos que la aplicación del Derecho Penal del Enemigo lejos de solucionar los problemas actuales, los incrementaría y generaría el ejercicio despótico del poder estatal, nos percatamos que, con los mecanismos con los que cuenta el Derecho Penal y las consecuencias que genera la utilización de esta tendencia moderna, no se pone fin a los requerimientos actuales.

Ante tal situación y teniendo en cuenta el principio de *última ratio* del Derecho Penal²⁰, debemos incrementar por un lado, la idea de agotar el control social informal, apoyado en instancias familiares, educativas, culturales, profesionales, religiosas, políticas, económicas de gran influencia en los individuos, las que ejercerían la ardua labor de socializar y educar a la población para lograr la convivencia de los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento, y por otro lado, la aplicación de otras ramas del Derecho antes de acudir al Derecho Penal, como el Derecho Administrativo en el sentido que sea él quien deba hacerse cargo de la prevención o castigo de los atentados contra estos bienes o valores propios de la sociedad moderna.

Sólo cuando fracasen estas formas de control social no formales acudiríamos al control social formal o jurídico que representa el Derecho Penal²¹, porque, como dijera ROXIN “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante El Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”.

III. CONCLUSIONES

- En la actualidad las sociedades se ven amenazadas por el surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada, eminentemente económicas que generan inseguridad y pánico en la población.

²⁰ El carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal comprende que la represión penal sólo debe funcionar cuando han fracasado las demás barreras protectoras del bien jurídico, previstas en otras ramas del ordenamiento jurídico (contravencionales, administrativas, civiles, etc.).

²¹ El control social formal o jurídico se diferencia del control informal o no jurídico por razones formales (ley escrita y previa al hecho) y cuantitativas (la intensidad y gravedad de sus sanciones). No olvidemos que desde un principio la función principal del *ius puniendi* ha sido limitar y contener todo el poder penal del estado. Es por eso que uno de los principios fundamentales e imprescindibles de todo el Derecho Penal es la *última ratio* de los conflictos sociales, esto quiere decir, que frente a un problema social el ordenamiento jurídico tiene que proporcionar todas las soluciones posibles para dicho problema, siendo la última de estas el Derecho Penal.

- En respuesta a estos requerimientos el Derecho Penal ha desarrollado un conjunto de mecanismos que han provocado su expansión e intervención en ámbitos que hasta el momento no integraban el conjunto de bienes jurídicos objetos de regulación o protección penal.
- El fenómeno de expansión del Derecho Penal ha ocasionado la pérdida de su esencia, asumiendo este una funcionalidad política, convirtiéndose en el mecanismo más eficaz del Estado para ejercer sus intereses políticos, económicos y sociales, rompiéndose con el ideal de *ultima ratio* y generando un estado de emergencia que da nacimiento al Derecho Penal Simbólico.
- El Derecho Penal Simbólico y el adelantamiento de la punibilidad son los pilares básicos que conducen al surgimiento del Derecho Penal del Enemigo como tendencia moderna del Derecho Penal Contemporáneo.
- El Derecho Penal del Enemigo está compuesto por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos penales se apartan de la pretensión del Derecho Penal de la normalidad, puesto que al faltar la lesión al bien jurídico, la punibilidad encuentra fundamento en la sola peligrosidad del autor manifestada en una acción dirigida a la realización de un hecho futuro. De ahí que a través de dichos tipos penales se criminalicen comportamientos que representen la sola permanencia a una organización criminal, es decir, que representen peligrosidad social.
- A pesar existir planteamientos defensores de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo como supuesta solución a los males del mundo moderno, es preciso aclarar que de acogerse sólo generaría ilegalidades, ejercicio arbitrario del poder estatal y la división de los individuos en ciudadanos y enemigos, lo que provocaría desigualdades sociales.
- La solución de los problemas que azotan a la humanidad deberían buscarse en la utilización del control social informal, en la eliminación de las causas que generan estas conductas peligrosas en los individuos, en la aplicación de otras ramas del Derecho tales como el Derecho Administrativo y en última instancia acudir al Derecho Penal cuando no quede otra vía de solución.

BIBLIOGRAFIA:

I TEXTOS:

1. DR. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Derecho Penal del Enemigo. ¿Una solución aceptable?*, Boletín ONBC No.22 de Enero-Marzo, 2006, Ediciones ONBC.
2. Hassemer, “Crisis y características del moderno Derecho Penal” *Actualidad Penal*, No.43, Madrid, 1993.
3. JAKOBS, GÜNTHER-CANCIO MELIA, Manuel- *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-56.
4. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2º edición, 2001, p. 163.
5. VÍQUEZ A, Karolina, *Derecho Penal del Enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, disponible en: Karolina.va@costarricense.cr, consultado el día 20 de diciembre de 2009.

II LEGISLACION:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el 22 de diciembre de 2009.