

Prólogo de Winfried Hassemer

a la edición alemana

La expresión “Derecho penal del enemigo” se ha convertido en los últimos años en un tópico que electriza tanto dentro y fuera de Alemania, como dentro y fuera de la ciencia del Derecho penal. Cada vez hay más opiniones al respecto, siendo la mayor parte de ellas críticas, no sólo con la expresión misma, sino con su trasfondo y sus consecuencias; y además casi todas son de una contundencia a la que hace tiempo que no estamos acostumbrados ni en la ciencia del Derecho penal, ni en la de la Política criminal. El “Derecho penal del enemigo” es excitante y provoca que se adopten posiciones decisivas y de principio, impulsando que se dejen a un lado las cuestiones dogmáticas del Derecho penal y se acelere el arsenal argumentativo de la Política criminal y del Derecho constitucional aplicable al Derecho penal.

Nada de esto sorprende, pero sí da mucho qué pensar.

Desde que, como se describe en este libro, el profesor de Derecho penal de la Universidad de Bonn, GÜNTHER JAKOBS, descubrió y desarrolló el concepto de Derecho penal del enemigo —primero, de una forma crítica, en el “Congreso de Profesores Alemanes de Derecho Penal”, celebrado en Frankfurt am Main en 1985, y luego de una forma claramente favorable, como un concepto clave para explicar y valorar la actual Política criminal—, se ha disparado, como impulsada por este aguijón del “Derecho penal del enemigo”, la polémica siempre presente

sobre un Derecho penal ajustado a nuestro tiempo. Este aguijón es tanto más irritante por cuanto no se sabe con exactitud a dónde apunta propiamente. La cuestión que se plantea se puede formular así: ¿es el “Derecho penal del enemigo” una simple descripción, o es ya una recomendación para la actual Política criminal?

A los teóricos liberales y a los prácticos del Derecho penal, que desde hace decenios vienen criticando el moderno Derecho penal por ser inflacionista en su extensión, ilimitado en sus instrumentos y porque se emplea sin consideración a su tradicional función protectora y garantista, este “Derecho penal del enemigo” les tiene que venir como anillo al dedo, siempre claro está que se lo conciba de una manera estrictamente analítica, es decir, como una mera descripción de aconteceres reales. Pues esto es lo que hacen los liberales desde el punto de vista crítico. Desde este punto de vista, el “Derecho penal del enemigo” no sería más que una denominación un tanto barroca y una fiel enumeración de los numerosos excesos en que ha incurrido el Derecho penal en los últimos decenios. Pero si este concepto se emplea como una síntesis normativa, es decir, como expresión de que el Derecho penal de nuestro tiempo no puede ser ya más sólo un verdadero “Derecho penal del ciudadano” con todas sus garantías tradicionales, sino que debe ser acompañado y completado con la variante brutal de un “Derecho penal del enemigo”, entonces la situación aparece de un modo distinto: el Derecho penal del enemigo es el “DIOS nos coja confesados”, la destrucción de la tradición protectora y garantista del Derecho penal, amiga de los derechos humanos.

Pero cualquiera que sea la interpretación que se le dé, esta ambivalencia conceptual tiene sin duda ventajas evidentes e indiscutibles. Si se emplea con suficiente cuidado, siempre deja abierto, precisamente en los debates normativos más polémicos sobre la constitucionalidad del Derecho penal del enemigo o sobre el significado de conceptos como el de “dignidad

humana” o “persona” en la Política criminal, el recurso al frío mundo de la simple descripción de los hechos. Con ello, los que así polemizan no arriesgan mucho.

Pero esto no es más que una primera razón bastante superficial para explicar la fulgurante carrera del Derecho penal del enemigo. Tras esta apariencia externa se esconde, como sucede tantas veces, el conocido mecanismo que convierte lo externo en interno, lo puramente descriptivo en una recomendación. Si, por ejemplo, se extiende la vista más allá de los límites de nuestra cultura jurídica hacia otros ordenamientos jurídicos, en los que los derechos humanos y civiles no tienen un lugar seguro, el concepto de “Derecho penal del enemigo” empieza a patinar peligrosamente en los límites entre lo que es una pura descripción y lo que es ya una recomendación político-criminal. Se convierte así, y yo lo he experimentado, en una forma de justificar las infracciones jurídicas que comete el mismo Derecho penal, aludiendo para ello incluso a que el actual nivel evolutivo de la sociedad y el Estado sólo permiten un Derecho penal del enemigo, o a que los derechos humanos no son más que una peculiaridad del mundo occidental. Ello naturalmente provoca consecuencias cada vez más graves para el Derecho penal de muchos países. Casi sin darse cuenta, todo esto conduce a que el Derecho penal del enemigo abdique de su ropaje analítico y se convierta en una forma de justificación de situaciones normativas. Precisamente esto es lo que hace que en los discursos sobre Política criminal y Derecho penal, donde inevitablemente siempre se trata de intervenciones en derechos fundamentales, ya no quede espacio para que el puro análisis pueda estar mucho tiempo seguro ante rupturas normativas.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE no se da por satisfecho con estas reflexiones previas, y tampoco deja que sus lectores se queden sólo en ellas, sino que directamente va al grano, enfrentándose con el enjuiciamiento normativo del Derecho penal del enemigo desde la base de las tradiciones garantistas y protectoras

del Derecho penal y del Derecho constitucional, que precisamente trata de limitar la intervención del mismo en los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el § 6 de esta obra, cuando se ocupa de “Los efectos del Derecho penal del enemigo”, analiza con argumentos el contraste entre descripción y recomendación y adopta inmediatamente una postura normativa, mostrándose decidido partidario de que la misión del jurista no se agote en la simple descripción analítica, en el papel de un mensajero que trae malas noticias, sino que valore y, si es preciso, critique el Derecho penal en sus principios materiales.

Y precisamente en ello radica la fuerza de esta monografía, que constituye, con su penetrante análisis científico de la materia y sus continuas referencias jurídicas, históricas y comparadas, una apasionada defensa de las bases del Derecho penal destruidas por el “Derecho penal del enemigo”.

Aquí escribe alguien que sabe de lo que habla; alguien que ha pertenecido a la generación de jóvenes penalistas españoles que tras la dictadura franquista proyectaron un Derecho penal nuevo que ha trascendido a otros países; alguien que conoce la evolución y las particularidades nacionales e internacionales de Latinoamérica, el Este asiático, y los Estados Unidos de América, así como las de muchos países de Europa occidental y, por supuesto, de Alemania; alguien que ha visto la cara de un Derecho penal autoritario en sus trabajos sobre EDMUND MEZGER; alguien que muchas veces ha tomado la palabra para advertir de la moderna expansión del Derecho penal, y que la ha analizado desde los principios normativos que deben estar vigentes en el Derecho penal.

Aquí escribe alguien que seguramente llegará al lector alemán, porque conoce perfectamente el discurso jurídico-penal alemán, y participa en ese discurso. MUÑOZ CONDE ha trabajado, ya desde sus primeros años, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt, siempre en contacto con Alemania, ha traducido numerosos artículos y libros alemanes al espa-

ñol, ha publicado trabajos científicos en alemán y ha dado conferencias en universidades e instituciones alemanas, participando igualmente en congresos y reuniones científicas habidas en Alemania. En 1999, la Fundación Alexander von Humboldt le concedió el prestigioso premio de investigación Mutis-Humboldt. El lector alemán notará inmediatamente que aquí escribe alguien que tiene otro horizonte, profundas raíces y un claro compromiso personal.

PROF. DR. DR. H.C. MULT. WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Derecho Penal,
Sociología y Teoría del Derecho en la Universidad
de Frankfurt am Main, y vicepresidente
del Tribunal Constitucional Federal de Alemania