

El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana*

Enemy Criminal Law and the unacceptable disregard for the Principle of Human Dignity

*Raúl Cervini***

RESUMEN. El autor analiza los postulados y consecuencias intradogmáticas del llamado *derecho penal del enemigo* a partir de los textos del profesor Jakobs y los confronta con los paradigmas penales propios del Estado de derecho. La transcripción objetiva de los textos del profesor de Bonn pone en evidencia que su estrategia promocional funcionalista tiene claros efectos en el campo de las garantías sustantivas y procesales penales; en particular sus conceptos de *persona* y de *enemigo* contradicen radicalmente los postulados de un derecho penal de vertiente antropológica, que no admite la posibilidad de que exista un segmento de ciudadanos excluidos del sistema general de garantías democráticas, y trasunta finalmente un inadmisibles desconocimiento de la dignidad de la persona humana, eje de la estructura de valores que procura efectivizar el Estado democrático de derecho.

PALABRAS CLAVE. Derecho penal. Proceso penal. Derecho constitucional. Garantía judicial de los derechos. Estado de derecho. Funcionalismo. Personas (derecho). Principios penales democráticos. Garantías reales.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Penal y director del Departamento Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor agregado efectivo de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y vicepresidente del ICEPS (NY).

ABSTRACT. The author analyzes the assumptions and intradogmatic consequences of the so-called Enemy Criminal Law by studying the texts of Professor Jakobs, and confronting them with the criminal paradigms of a State of Law. The objective transcript of the texts written by this Bonn's Professor evidences that its promotional functionalist strategy has clear effects on the field of substantive and procedural safeguards; in particular, his concepts of "person" and "enemy" are radically inconsistent with the principles of an anthropological view of Criminal Law, which does not admit the possibility of excluding a segment of citizens from the general system of democratic guarantees and manifests an unacceptable disregard of Human Dignity, the basic value which the Democratic State of Law seeks to protect.

KEY WORDS. Criminal Law. Criminal Procedure. Constitutional Law. Judicial Guarantee of Rights. Rule of Law. Functionalism. Persons (Law). Democratic Criminal Principles. Rights in rem.

SUMARIO. **I.** Planteo preliminar. **II.** Caracteres generales del derecho penal del enemigo en el contexto de la estrategia promocional funcionalista. Su trascendencia adjetiva y sustantiva. 1. Adelantamiento de la protección penal. 2. Estrategia proactiva, 3. Menos garantías. 4. Cambio en la política criminal internacional. 5. Subversión ante los principios del dogma penal garantizador propio del Estado democrático social de derecho. 5.1. Sobre el principio de culpabilidad. 5.2. Sobre la confusión entre dolo y culpa. 5.3. Sobre el principio de legalidad. 5.4. Sobre las garantías del ciudadano. **III.** Conceptos de persona y enemigo para Jakobs. 1. Pilares de la teoría de Jakobs. 2. Persona. 3. Enemigo. 4. Fases del pensamiento de Jakobs. **IV.** Desapego de los fundamentales principios de respeto a las categorías lógico-objetivas y de dignidad de la persona humana. A modo de reflexión final. 1. Imposibilidad de excluir la categoría de ciudadano. 2. El hombre responsable como exclusivo sujeto de imputación. 3. Sobre la trascendencia ontológica dentro de una concepción normativa atemperada.

I.

PLANTEO PRELIMINAR

Esta contribución procura formular una crítica objetiva al pensamiento del profesor Günther JAKOBS, en particular a su *teoría del enemigo*, cuidadosamente, a partir de buena parte de sus propios textos y desde el ámbito de los valores. ¿Qué valores?: aquellos inherentes al Hombre, con mayúscula, como corresponde a una concepción antropológica del derecho penal y que resultan tradicionalmente recogidos en los principios penales que hacen al cerne de un Estado democrático de derecho; fundamentalmente: culpabilidad, legalidad, respeto a las categorías lógico-objetivas y, en particular, la dignidad de la persona humana.

II.

CARACTERES GENERALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PROMOCIONAL-FUNCIONALISTA. SU TRASCENDENCIA ADJETIVA Y SUSTANTIVA

1. ADELANTAMIENTO DE LA PROTECCIÓN PENAL

La teoría analizada supone un adelantamiento de la protección penal, con frecuente enriquecimiento subjetivo de los tipos y sin la reducción de las penas con relación a las que existen respecto de momentos más avanzados del intercrimínis.

2. ESTRATEGIA PROACTIVA

Constituye un cambio de perspectiva, conforme al cual el derecho penal debe mirar no solo hacia el pasado —o sea, hacia el hecho ya cometido—, sino preferentemente hacia el futuro, al hecho que está por llegar. Por consiguiente, no se trata del modelo de un ordenamiento jurídico penal en la gestión de los riesgos sociales de tipo reactivo, sino de un modelo propio de un Estado preventivo caracterizado por una estrategia proactiva.

3. MENOS GARANTÍAS

Conduce a la progresiva reducción, el relajamiento o la simple desnaturalización de las garantías procesales del Estado democrático de derecho. El profesor de Bonn reconoce:

[...] el sistema de garantías procesales se orienta funcionalmente a la mitigación del riesgo social y cobra toda su virtualidad individual en función al cumplimiento del deber de fidelidad al ordenamiento jurídico.¹

[Esta forma de proceder] responde a criterios de pura eficacia [...], toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad que se pretende quede perfectamente asegurada.²

Tal como se encuentra concebido el derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esa misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. Se trata, como se ve, de una concepción que alienta la *permeabilidad* entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir:

[...] 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 [...].³

¹ Günther JAKOBS, *Fundamentos del sistema jurídico penal*, Lima: ARA, 2005, p. 69.

² Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, p. 62 ss. En el mismo sentido: Günther JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

³ JAKOBS y CANCIO MELIÁ, o. cit. (nota 2), p. 56.

Lo cierto es que, la *permeabilidad* inherente a esta concepción encuentra un ámbito fértil en la desorientación de la política criminal contemporánea y el creciente autoritarismo que la suele acompañar, como se ha encargado de demostrar el maestro MOCCIA en su memorable obra *La perenne emergenza*.⁴ Por otra parte, no debe ni puede olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de una perseverante batalla librada durante siglos para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal, frente a las tendencias autoritarias del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia (la mera persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso). Por esa razón los procesalistas y penalistas de cuño garantista han sostenido desde siempre que *las formas hacen a las garantías* y que cualquier sistema que no asegure el derecho de efectiva defensa no es, técnicamente, un proceso.⁵

4. CAMBIO EN LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL

Esta concepción viene, además, acompañada de un significativo cambio en la política criminal de ciertos gobiernos, en los cuales la prevención general se está convirtiendo en el centro de gravedad de la estrategia de sus responsables políticos. En este sentido, la actitud adoptada por los Estados Unidos en respuesta a los atentados del 11 de setiembre de 2001 (*Patriotic Act* de octubre del 2001) no ha hecho sino contribuir a que otros muchos países se animaran a seguir su ejemplo. Basta mencionar, entre otras, la tan discutida Ley de Prevención del Terrorismo (*Prevention of Terrorism Act*) de Inglaterra, del 2005.⁶

5. SUBVERSIÓN ANTE LOS PRINCIPIOS DEL DOGMA PENAL GARANTIZADOR PROPIO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DERECHO

Este es el efecto más tangible desde el punto de vista de nuestra ciencia.⁷ Citaremos, de modo sintético, las alteraciones más relevantes.⁸

⁴ Sergio MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

⁵ Cf. Juan Damián MORENO, “¿Un derecho procesal penal de enemigos?”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Buenos Aires: Edisofer y B de F, 2006, pp. 457 ss. En el mismo sentido, Raúl CERVINI, “Principios del Derecho procesal penal en un Estado democrático social de derecho”, en *Estado de Direito*, año II, n.º 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

⁶ Cf. REQUEJO RODRIGUEZ, “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004, p. 275.

⁷ Sobre el tema, Raúl CERVINI, “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Domingo García Rada*, Arequipa: Adrus, 2006.

⁸ Sobre el tema Raúl CERVINI, “Principios del Derecho...”, o. cit. (nota 5).

5.1. Sobre el principio de culpabilidad

Ya hemos señalado en otros trabajos que la teoría de JAKOBS —según sus propias palabras— implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad, que sustituye por una noción funcional⁹ a la cual solo la idea de *fin* puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la “fidelidad al derecho”. Esta concepción —se objeta con razón— sacrifica la función limitadora de la punibilidad propia del principio de culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios tan inasibles como la “fidelidad al derecho”.

Ante todo nos permitimos recordar un ilustrativo y poco frecuentado artículo, “El principio de culpabilidad”, de 1993, traducido al español en 1997.¹⁰ En esa pieza el profesor de Bonn reivindica como aspectos medulares de su concepción el “defecto cognitivo” y la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”, y lo hace con una imagen tan ilustrativa como preocupante:

Quien desconoce el mundo exterior, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas [...].

En el mismo texto JAKOBS resume su posición originaria sobre la culpabilidad de la siguiente manera:

En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; este solo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales. Como es posible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico.

⁹ Günther JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. corr., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997 (edición original en alemán: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983).

¹⁰ Günther JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Derecho penal*, recopilación y traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid: UAM y Civitas, 1997, pp. 365 ss.

Sigue expresando:

Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico solo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

Tan solo dos años después, en el texto de la ponencia general presentada en las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal,¹¹ celebradas en Rostock el 28 de mayo de 1995, JAKOBS redobla la apuesta respecto al alcance de su concepto funcional de culpabilidad, exclusivamente comunicacional y despojada de conciencia individual.

El rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho. Sin embargo, ¿se trata de un rol, de un modelo objetivo o más bien estamos hablando de subjetividad? Desde que el concepto psicológico de culpabilidad, si es que alguna vez ha existido tal concepto, fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo. Sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad constituye solo la medida, y no también (al menos de forma abierta) la persona que hay que medir. Esta constitución de lo que hay que medir la lleva a cabo el concepto funcional de culpabilidad, elaborando teóricamente lo que desde siempre ha venido sucediendo en la práctica: la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho. Con otras palabras, la individualidad solo opera en beneficio del sujeto, en la medida en que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación. Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Solo en la medida en que ese rol no se ve cuestionado se puede tomar en consideración los datos ajenos al mismo.

¹¹ Publicada originalmente en *ZStW*, n.º 107, 1995, pp. 843-876.

Y concluye:

[...] el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es: personalización de los sujetos. No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional [...].¹²

Como vemos, a primera vista la culpabilidad de JAKOBS es una culpabilidad cerrada, una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, e incluso el autor así lo indica.¹³ Sin embargo, al analizarla con más cuidado se percibe que este autor directamente prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma. Estrictamente se abandona el concepto de culpabilidad sustituyéndolo por un paradigma funcional que observa como único contenido (prevención general) la fidelidad al derecho. La base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad; la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La pena buscará exclusivamente el reforzamiento de la confianza en el derecho por el colectivo. De esta manera la persona termina instrumentalizada para la estabilización de los intereses sociales y se desconoce el principio universal de la dignidad del ser humano, sentando el arbitrio del legislador o del juez como única pauta válida para entender esta idea mecánica de culpabilidad.

Se dice que estamos ante una *falacia normativista*, sustancialmente idéntica a la *falacia naturalista*, por cuanto este concepto de culpabilidad carece de toda relación con cualquier sustrato real (por ejemplo, SCHÜNEMANN). Ello es muy cierto ya que se desestructura totalmente la concepción clásica de culpabilidad inspirada en un enfoque ontológico de acción y causalidad, con las desastrosas consecuencias que ello reporta en el campo de la seguridad jurídica, como ya lo demostró, sin ir más lejos, el derecho penal nazi fundado en planteamientos cercanos a estos. Por ello con tremendo acierto ha señalado ZAFFARONI:¹⁴

[...] estamos ante una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, en realidad un concepto jurídico construido a la medida de un objetivo político.

¹² Günther JAKOBS, "Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional", traducción de M. CANCIO MELIÁ y B. Feijoo, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos* n.º 13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, pp. 46-47.

¹³ Günther JAKOBS, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de M. CANCIO MELIÁ y E. Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, pp. 121 ss.

¹⁴ Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 638.

5.2. Sobre la confusión entre dolo y culpa

Las diferencias entre dolo y culpa se desdibujan peligrosamente mediante la intención de realizar el tipo frente a la violación de un deber objetivo de cuidado al ejecutar una acción. Hoy, para JAKOBS y alguno de sus más conspicuos seguidores, la diferencia entre dolo y culpa es solo cuestión de matices. El delito culposo existirá cuando se haya creado un riesgo desaprobado mediante un comportamiento descuidado, en tanto el delito doloso se dará cuando se haya creado también un riesgo desaprobado, pero mediante un comportamiento calificado como muy descuidado, mediante una grosera mala administración del rol.¹⁵

Respecto del concepto de dolo, JAKOBS toma un callejón sin salida. Originalmente lo define de un modo naturalista, pero también requiere una equiparación con lo que él ha denominado *imprudencia dirigida* (*gerichtete Fahrlässigkeit*). Con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo de indiferencia. La fundamentación que Jakobs otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo establecido por el derecho vigente es desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio esta fundamentación luce tan peligrosa como inconvincente en lo que respecta a la cuestión de fondo, pero es metodológicamente interesante, porque por un lado representa una clara ruptura en el normativismo radical que últimamente sostiene JAKOBS, y por otro lado, curiosamente, a través de ella pone en claro cómo debe presentarse la estructura de una argumentación no circular normativista. En la cuestión de fondo, el argumento de JAKOBS es desacertado, porque el autor absolutamente indiferente, y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de modo tal que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es solo una contingencia casual y, en consecuencia, disminuida —como en los otros delitos imprudentes.

Por supuesto que, en lo que se refiere al aspecto metodológico, la argumentación de JAKOBS es, a su modo, una demostración estructuralmente correcta, es decir, desarrollada con ayuda de una reducción medio-fin desde los fines sociales concretos del derecho penal (a la luz de la protección del bien jurídico). Y justamente a través de ello se ve claramente que el nuevo sistema de derecho penal de JAKOBS es un callejón sin salida, una construcción

¹⁵ Cf. Günther JAKOBS, "Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales, riesgo permitido, prohibición de regreso, y el principio de confianza", en *Estudios de Derecho penal*, o. cit. (nota 7), pp. 209 ss.

cerrada en sí misma, acuñada en el pensamiento de HEGEL como pared de fondo; al decir de SHÜNEMANN:

Un sistema reducido a un círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos [al sistema penal] fuera de la confirmación de la validez de la norma.¹⁶

5.3. Sobre el principio de legalidad

Desnaturaliza otro de los paradigmas más básicos y garantistas del derecho penal liberal: el principio de legalidad, que exige al legislador una clara y precisa definición de las figuras legales descritas en los tipos. Mediante los conceptos señalados, la conducta típica será la “socialmente inadecuada” por haber “defraudado las expectativas sociales” depositadas en el desempeño de nuestro respectivo rol social conforme a “estándares”. Interpretélo el que pueda.

El principio de legalidad, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y aun el principio de culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado se ven como antitéticos a una respuesta rápida y eficaz frente a la *nueva* criminalidad, y se pretende sustituirlos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho para convertirse en un “subsistema físico-psíquico” que el derecho valora en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Naturalmente que también se ve afectado el principio de personalidad de la pena, ya que nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del sistema con el comportamiento del autor o con el propio hecho.

La alienación de la subjetividad y la centralidad del Hombre en beneficio de un sistema de aristas difusas llevan al desplazamiento del Hombre de centro y fin del derecho a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales no siempre definidas con la necesaria claridad. En especial en la incriminación de responsabilidad penal, el sujeto, de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psicofísico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él, lo trascienden, y de la cual ese Hombre de carne y hueso constituye únicamente un instrumento. El propio JAKOBS dice:

¹⁶ Bernd SCHÜNEMANN, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Obras*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, col. Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2009, p. 199; antes publicada en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.

Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacerlo en la culpabilidad. El Derecho penal no conoce sujetos aislados, sino solo sujetos que se comunican. Esto debería estar fuera de discusión en lo que se refiere a la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la esencia de la culpabilidad, se determina de manera objetiva: basta aquella medida de disposición que es necesaria para mantener la configuración de la sociedad —no basta una medida menor, y una medida mayor no es necesaria.¹⁷

Por ello la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no constituye solamente el fundamento de esta, sino que, contemporáneamente, se perfila como el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, desde otra perspectiva no menos preocupante, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.

5.4. Sobre las garantías

Este contexto revulsivo de tradicionales principios y garantías de la ciencia penal justifican nuestra preocupación inicial. La construcción funcionalista no parece comprometida con los postulados garantistas que tanto esfuerzo costó imponer para la interpretación de las normas penales materiales y las procesales penales.

El funcionalismo penal usa y abusa de conceptos sociológicos que debilitan en alguna medida la precisión terminológica que permitió a la dogmática “tradicional” alcanzar los puntos más elevados de desarrollo teórico, que ninguna de las restantes ramas del ordenamiento jurídico aún ha alcanzado, contribuyendo a la seguridad jurídica en materia penal, robusteciendo los límites impuestos al derecho punitivo del Estado y por esa vía a la propia afirmación del Estado democrático del derecho.

Precisamente uno de los conceptos más nocivos de la estructura teórica promocional-funcionalista de JAKOBS se encuentra en la llamada *teoría del enemigo*. Esta evidencia el notorio contraste entre la construcción teórica analizada y los principios democráticos.

¹⁷ Cf. Günther JAKOBS, *Fundamentos del Sistema...*, o. cit. (nota 1), 2005, p. 65; en términos similares Günther JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de M. CANCIO MELIÁ, B. Feijoo Sánchez, E. Peñaranda Ramos, M. A. Sancinetti y C. Suárez González, Lima: Palestra, 2000, pp. 43 ss.

III.

CONCEPTOS DE PERSONA Y ENEMIGO PARA JAKOBS

1. PILARES DE LA TEORÍA DE JAKOBS

Corresponde recordar que la teoría funcional de JAKOBS se apoya en tres elementos esenciales: los conceptos de *sociedad*, *norma* (expectativas contrafácticas) y *persona configurada socialmente* (no como un ente natural y psicofísico).

Desde hace siglos el hombre se ha planteado qué hacer con aquellos que no aceptan ser ciudadanos integrados y no se someten a la soberanía del Estado. ¿Qué hacer con aquellos que no aceptan el contrato social (de forma expresa ni tácita) y que, por tanto, no se ven sometidos al resultado de los acuerdos sociales más importantes, quedando al margen de las reglas sociales esenciales.

JAKOBS no se plantea la cuestión en términos individualistas-contractualistas, sino que parte de la idea de que se trata de una definición del sistema jurídico. Este decide qué características mínimas deben reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, por lo que quienes no cumplen con esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos.

2. PERSONA

Señala el mismo autor que *ser humano* es resultado de procesos naturales; en cambio, *persona* es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia. En tal caso, *persona* es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación.

Los niños o quienes padecen dolencias psíquicas, no constituyen personas; los enemigos tampoco son personas y por lo tanto el Estado no puede ni debe tratarlos como tales. La personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal, y solo puede mantenerse y ser real si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona a partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito. Cuando ya no existe expectativa de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un

mero postulado, lo cual significa la aparición del individuo peligroso, el enemigo, quien debe ser excluido.¹⁸

Obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante obligación a realizar un comportamiento son cosas distintas. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma; a diferencia de lo que ocurre respecto de los ciudadanos, la relación con el enemigo no se determina por el derecho sino por la coacción.

Resalta SCHÜNEMANN que los axiomas jurídico-filosóficos de JAKOBS referidos a la relación entre persona e individuo son justificadamente preocupantes. A su juicio, la separación del mundo del hombre y sus atributos naturales del mundo de la persona desdibuja su intrínseca dignidad y es, a los ojos de JAKOBS, tan profunda como la distinción hecha por Immanuel KANT entre el *yo* como objeto de los fenómenos o las manifestaciones externas, por un lado, y el *yo* inteligible, por el otro. En otras palabras, se trata de la distinción hecha entre el sujeto empírico y el sujeto trascendental. El paso del individuo a la persona, es, en palabras del JAKOBS, “el paso a otro mundo” y

[...] aporta algo nuevo de forma mucho más radical que si se tratara de una mera modificación en el mundo de la naturaleza, pues esta no establece de aquí en adelante ninguna medida más y no se encuentra [más] en el ángulo del mundo personal, que por eso no toma nota de la verdad [de la naturaleza] a pesar de su eternidad.

Con el mismo sentido, igualmente radical, lo ha reiterado en el Prólogo de la primera edición de su *Manual*:

Un sujeto no es, en esta concepción, quien puede producir o impedir un acontecimiento, sino quien puede ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación a ellas.

Como vemos, para JAKOBS el individuo pasa a ser persona solo a través de la cualidad de ser portador de un rol y destinatario de la norma, “y frente a una persona únicamente puede existir la expectativa de que se comportará solo por ‘ser persona’ de una determinada

¹⁸ Cf. Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 15 ss.

forma en determinada situación”.¹⁹ La base filosófico-jurídica del profesor de Bonn consiste en que la sociedad humana se origina a través de la validez de normas en el sentido de expectativas de comportamiento cuyos destinatarios son portadores de roles.

Obviamente, si los concepto del sistema jurídico se deducen exclusivamente del sistema jurídico mismo, sin tomar en cuenta las constataciones del mundo natural y la intrínseca dignidad humana, totalmente desconectados de los fines sociales concretos que imponen las condiciones ónticas de la estructura, esos conceptos jurídicos solo podrán ser creados de un modo cerrado, respondiendo a una concepción radicalmente autopoietica.²⁰

3. ENEMIGO

Según JAKOBS:

[El enemigo] es un individuo que no solo de manera incidental, en su comportamiento [...] o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho.

En otras palabras: enemigos son autores susceptibles de culpabilidad que generan inseguridad.²¹ Agrega:

[...] el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus

¹⁹ Günther JAKOBS, *Verantwortung in Recht und Moral*, compilado por NEUMANN y SCHULZ, ARSP, Cuaderno 74, 2000, p. 57; *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004, y *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, México: Barra Nacional de Abogados, 2002, p. 33.

²⁰ Sobre el tema Raúl CERVINI, “Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada”, en Celso SÁNCHEZ VILARDI, Flavia BRASSER PEREIRA y Theodomiro DIAS NETO (coords.), *Direito penal economico. Análise contemporânea*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Saraiva, 2009. Allí se expresa: “[...] en nuestra concepción todos estos acercamientos preliminares serán insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del Derecho penal Democrático presupone —necesariamente— una perspectiva integrada, cimentada en las condiciones ónticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado Democrático Social de Derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado. Descartamos toda referencia a ‘condiciones concretas de la estructura social’, colocando en su lugar la expresión ‘condiciones ónticas de la estructura social’. La razón de ello es clarificar una postura que no es autopoietica o funcionalista, sino básicamente ontologista. Nuestra concepción apunta no solo a una determinación —que bien puede ser meramente normativa— sino a la verdadera realidad subyacente y consecencial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección ontologista deberá estar relacionada (integrada) con una perspectiva normativista complementaria, que nos aparte de la tentación a sumergirnos en la mera ‘doxa’, o sea el conocimiento aparente de la realidad sensible que PLATÓN, tan sabiamente, distinguía de la ‘episteme’, o sea del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles, que en nuestra concepción, hacen a la realización del Estado Democrático Social de Derecho y sus garantías”.

²¹ Cf. Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid: Civitas, 2006, p. 83.

miembros a ser una reacción contra un enemigo. Solo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo con Derecho.²²

En obra conjunta con CANCIO MELIÁ,²³ señala JAKOBS:

[...] el Estado puede proceder de dos modos con los delinquentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos (no personas) a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo [...].

[...] la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, 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 solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como no persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

Agrega en la misma obra:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo y por ello excluido.

Como corolario de este desarrollo, JAKOBS construye una doble lógica, según la cual distingue el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo. En el derecho penal del ciudadano, la pena trataría de comunicar, contrafácticamente, al delincuente que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de una norma. Por el contrario, en el derecho penal del enemigo la pena perdería toda su dimensión comunicativa y contrafáctica; pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro.

²² Cf. Günther JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, y en el mismo sentido, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de M. CANCIO MELIÁ y B. Feijoo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Serie Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 13, 1.ª reimp., 1998).

²³ Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

4. FASES DE SU PENSAMIENTO

Corresponde señalar que, en lo que refiere a la construcción del derecho penal del enemigo, el publicista JAKOBS ha pasado, hasta la fecha, por tres fases.

A principios de 1985, durante el desarrollo del Congreso de Penalistas Alemanes (16-19 de febrero) en Fráncfort, el autor analizado presentó una ponencia en la cual constataba de un modo crítico-descriptivo la presencia en la legislación (StGB) de algunos preceptos propios de lo que él denomina *Feindstrafrecht*, o sea, el derecho penal del enemigo. En esa época el primer JAKOBS consideraba que el derecho penal del enemigo no tenía cabida en el derecho penal de un Estado democrático de libertades, ya que en dicha clase de Estado, solo correspondería legítimamente referirse a un *derecho penal de los ciudadanos*.²⁴

En una segunda fase, durante la celebración de las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal de Berlín, en 1999, JAKOBS presentó el trabajo intitulado “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende”,²⁵ en el cual no solo ofrece una descripción del derecho penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, sino que pasa de la descripción a la justificación. Procura legitimar que determinados sujetos tengan que ser tratados como *no personas* en el derecho. Esta etapa dura hasta el año 2003.

A partir del 2003²⁶ y hasta el presente —por ejemplo, en el Prólogo de la edición argentina de su libro con CANCIO MELIÁ, del 2005—,²⁷ el profesor de Bonn parece decidido a dar un paso atrás. Insiste en el carácter meramente descriptivo de su construcción, aunque no renuncia a los elementos normativos de la personalidad, y ello constituye una de los puntos más frágiles de su teoría, susceptibles de provocar el fenómeno de *desestructuración democrática* que denuncia el maestro napolitano Sergio MOCCIA.²⁸

²⁴ Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en *Estudios de Derecho penal*, o. cit. (nota 7), pp. 297 ss.

²⁵ Cit. por Günther JAKOBS, *La prohibición de regreso en el Derecho penal*, obra colectiva con Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO y Klaus ROXIN, traducción de M. CANCIO MELIÁ y M. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n.º 11, 1998, p. 120; Günther JAKOBS, *Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas, 2006.

²⁶ Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfíz, Madrid: Thomson-Civitas, 2004; “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 2003; “La pena estatal: significado y finalidad”, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Thomson-Civitas, 2006.)

²⁷ Günther JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005. Jakobs afirma: “Si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utilizan con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas solo sirven para redondear la imagen [...]”.

²⁸ Sergio MOCCIA, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 52 ss.

IV.

**EL DESAPEGO A LOS FUNDAMENTALES
PRINCIPIOS DE RESPETO
A LAS CATEGORÍAS LÓGICO-OBJETIVAS
Y DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA...
A MODO DE REFLEXIÓN FINAL****1. IMPOSIBILIDAD DE EXCLUIR LA CATEGORÍA DE CIUDADANO**

A esta altura debemos preguntarnos si en un Estado democrático social de derecho es posible distinguir y separar ciudadanos de enemigos y, en consecuencia, tomar a unos y a otros como destinatarios de ordenamientos jurídicos radicalmente diferentes. ¿Es posible la exclusión o la autoexclusión de un individuo de su estatus de ciudadano?

Desde nuestra posición y siguiendo el pensamiento de WELZEL,²⁹ únicamente cabe conceder el carácter de derecho a una regulación si esta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. La persona responsable constituye el polo superior, del cual pende toda teoría jurídica, si es que quiere reconocerse al derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder. Agrega el autor que todo mandato que pretenda obligar a una persona, en cuanto norma jurídica, tiene que reconocer a esa persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mero ejercicio de fuerza o coacción desvinculada del derecho.

En el mismo sentido ZAFFARONI sostiene que el derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras”.³⁰ Ni la realización del derecho ni su realidad son categorías que puedan llenarse con cualquier contenido, sino que es precisamente en ellas que adquiere forma, existe realmente y se manifiesta el concepto de derecho en su plenitud democrática. El punto de partida del derecho es la voluntad libre.

Desde esta perspectiva, toda despersonalización aparece más como una derrota que como un paso hacia la realización del paradigma de la libertad realizada. El sujeto de imputación debe ser el hombre en la medida en que actúa responsablemente. Por eso mismo,

²⁹ WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1971.

³⁰ ZAFFARONI, o. cit. (nota 13), p. 670.

el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también será el hombre y no “la persona” como entequeia instrumental portadora de roles en el marco de una estrategia promocional-funcionalista. Y confirma SCHÜNEMANN:

El mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto sino a un hombre real de carne y hueso.³¹

2. EL HOMBRE RESPONSABLE COMO EXCLUSIVO SUJETO DE IMPUTACIÓN

De lo expuesto concluimos que, en el derecho penal, el sujeto de la imputación, como del castigo, no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, por una persona entendida como una construcción instrumentalizada social y normativa, sino que dicho sujeto solo puede estar representado por el Hombre, por el individuo humano y, como tal, portador de capacidad de decisión y atributo de responsabilidad individuales.

En el derecho penal, como en todo ordenamiento jurídico de “conductas humanas”, el recurso al punto de vista valorativo de la concepción del hombre como persona responsable no puede limitarse en modo alguno a un concepto normativo de persona, sino al sustrato ontológico de la persona responsable. Dicho sustrato no puede estar constituido exclusivamente por un ser individual empírico, despojado de sus esencias y dignidades propias de ser humano.

La concepción del Hombre como persona responsable, si no quiere despegarse totalmente del mundo real, solo será posible a partir del reconocimiento, en el referido hombre empírico, de ciertas propiedades y estructuras ónticas previas.

Si el derecho, respetando el principio de las categorías lógico-objetivas, no se dirige al mundo de las cosas, ni de los animales, ni a las fuerzas naturales, sino al Hombre, entonces habrá de ser la estructura óntica del ser humano lo primero a tomar en consideración. La concepción del ser humano como persona responsable solo resulta posible si la estructura óntica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción, erigida como criterio valorativo. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, solo cabrá reconocerle el carácter de derecho en el caso de que respete la estructura lógico objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona

³¹ SCHÜNEMANN, o. cit. (nota 15), p. 188.

responsable, mientras que si la violenta, ya no debe poder ser comprendida como derecho, sino como mero dispositivo de fuerza y coacción.

3. SOBRE LA NECESARIA TRASCENDENCIA ÓNTICA EN UNA CONCEPCIÓN NORMATIVISTA ATEMPERADA

La estructura ontológica del ser humano, que debe respetar el derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la dignidad humana (libertad ética).

Ya PUFENDORF, siguiendo un pensamiento que la tradición literaria ha adjudicado al poeta Homero, decía: “En la mera expresión de Hombre hay alguna dignidad”, y ella no surgía de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y sus atributos.³²

La dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir; ello, por ser un ser éticamente libre, y b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad.

Esa dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto a aquel que consideramos respetuoso de la ley como al que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad e incluso oponerse frontalmente al orden de esta. No existe razón para negar que una decisión semejante sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes”, “afuncionales”, deben también ser reconocidos como personas responsables y tratados como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.

Recuerda FERRAJOLI³³ que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos estatus subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los de la personalidad —que corresponden por igual a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas— y los de la ciudadanía —que corresponden exclusivamente a los ciudadanos—. Entre los derechos del hombre en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del hábeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto de todos ellos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad intrínseca del ser humano.

Si nos situamos en el plano ontológico de la dignidad humana, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad, pues esa dignidad la tienen todos por igual y

³² S. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium, Libri octo*, Fráncfort del Meno: G. Mascovius, 1967 (reimp. 1759), l. I, cap. II, § 2, p. 23.

³³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 2001.

no puede ser negada a ninguno. Se trata de una situación de igualdad en el derecho, cuyo fundamento radica en la capacidad de elegir y en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal.

Es precisamente la idea fuerza de la dignidad humana vinculante para el derecho el argumento más fuerte y respetuoso frente a la tan promocionada construcción teórica avalorada que conocemos como el *derecho penal del enemigo*.

BIBLIOGRAFÍA

- CERVINI, Raúl, “Derecho penal económico democrático. Hacia una perspectiva integrada”, en Celso SANCHEZ VILARDI, Flavia BRASSER PEREIRA y Theodomiro DIAS NETO (co-ords.), *Direito penal economico. Análise contemporânea*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw y Editora Saraiva, enero 2009.
- “La herencia dogmática. Esquema de la evolución de la teoría del delito en la doctrina europea”, en tres entregas de <www.direitocriminal.com.br>, 12.12.2001 a 22.12.2001, y en *Cuadernos del Curso de Especialización en Derecho Penal de la Empresa*, San Pablo: Fundación Getulio Vargas, Facultad de Derecho, 2004.
- “Principios del derecho procesal penal en un Estado democrático social de derecho”, en *Estado de Direito*, año II, n.º 11, Porto Alegre, octubre de 2007.
- “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Domingo García Rada*, Arequipa: Adrus, 2006.
- JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en el Derecho penal*, traducción de L. C. Rey Sanfiz y J. Sánchez-Vera, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti y Carlos Suárez González, Lima: Palestra, 2000.
- *Ciencia del Derecho: ¿Técnica o humanística?*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.
- *La competencia por organización en el delito omisivo*, traducción de E. Peñaranda Ramos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994.
- *El concepto jurídico penal de acción*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en *Estudios de Derecho penal* (infra).

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2.^a ed. corr., 1997.
- *Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas, 2006.
- “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 2003.
- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- *Estudios de Derecho penal*, recopilación y traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas y UAM, 1997.
- *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.
- *Fundamentos del sistema jurídico penal*, Lima: ARA, 2005.
- *Injerencia y dominio del hecho: Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, traducción de M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.
- *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, prólogo de Eduardo López Betancourt, México: Porrúa, 2006.
- *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Civitas, 2006.
- (en coautoría con Eberhard STRUENSEE), “Problemas capitales del derecho penal moderno”, en *Homenaje a Hans Wezel a los 20 años de su fallecimiento*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: Estudio sobre la relación entre-juridicidad y eticidad*, traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.
- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid: Civitas, 2003.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2004.
 - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, serie Cuadernos de Conferencias y artículos, n.º 13, 1.ª reimp., 1998.
 - *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, traducción de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
 - *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, seminario con Günther Jakobs en la UAM, edición de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, prólogo de Günther Jakobs, Madrid: Civitas, 2008.
 - *Verantwortung in Recht und Moral*, compilado por NEUMANN y SCHULZ, ARSP, Cuaderno 74, 2000.
- JAKOBS, Gunther, y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- *El Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- JAKOBS, Gunther, Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO y Klaus ROXIN, *La prohibición de regreso en el Derecho penal*, traducción de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n.º 11, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 2001.
- MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- MORENO, Juan Damián, “¿Un Derecho procesal penal de enemigos?” en M. CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Buenos Aires: Edisofer y B de F, Buenos Aires, 2006,
- PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Pentium. Libri octo*, Fráncfort del Meno, G. Mascovius, 1967 (reimpresión de la obra de 1759).
- REQUEJO RODRÍGUEZ, J. L., “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, versión ampliada, en *Obras*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, 2009. Antes publicada en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.

ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid: Aguilar, 1971.