

***Consideraciones sobre el Derecho penal moderno.  
Entrevista al Prof. Dr. h. c. mult. Günther Jakobs  
(Traducción del Dr. Miguel Polaino-Orts)***

**1) Aldo Rojas (A.R.): ¿Cómo definiría al Derecho penal de hoy?**

*Günther Jakobs (G.J.):* El Derecho penal se encuentra condicionado de manera ineludible por su vinculación con el Estado social y democrático de Derecho. Ello imprime carácter y determina exactamente los elementos imprescindibles del Derecho penal democrático, propio de ese Estado de Derecho. Esos elementos son, a mi juicio, los siguientes: en primer lugar, la soberanía y legitimidad de la Constitución política, dada libremente a los ciudadanos; en segundo lugar, la determinación legal y típica de las figuras delictivas, con todo su arsenal de garantías; en tercer lugar, el principio de culpabilidad y, finalmente, la existencia de un proceso penal justo. Estos cuatro elementos representan, en mi opinión, la quintaesencia del Derecho penal democrático del moderno presente.

**2) A.R.: Cuando Ud. observa su propia obra, el resultado de la misma, sus ideas, ¿qué pensadores puede decir que han influido profundamente en Ud.?**

*G.J.:* Si hablamos de influencia científica en el campo del Derecho penal, podría mencionar varios nombres, por orden histórico o de antigüedad: el penalista y filósofo Feuerbach, el neohegeliano Hälschner, mi maestro Welzel y... nuevamente Welzel. En cuanto a los filósofos, destacaría sobre todo a Hobbes y a Hegel, y en alguna medida también al sociólogo y filósofo Luhmann.

**3) A.R.: ¿Cuándo no escribe, cuándo está fuera de las conferencias o de las aulas de clases, cuál es su hobby preferido?**

*G.J.:* Dejando aparte los entretenimientos intelectuales (como, esencialmente, la lectura o la escritura, que no son propiamente un hobby sino un cometido intelectual de todo profesor universitario), tengo principalmente dos aficiones, que practico cotidianamente: caminar -esto es: hacer excursiones o senderismo- y tocar el piano.

**4) A.R.: ¿Cómo definiría al Derecho penal del enemigo?**

*G.J.:* El Derecho penal del enemigo surge cuando el legislador no mira -o no sólo mira- a hechos ya cometidos sino que tiene en cuenta preferentemente una peligrosidad futura. Un ejemplo muy claro de institución de Derecho penal del enemigo es la llamada "custodia de seguridad" (*Sicherungsverwahrung*), medida de carácter asegurativo, prevista en el § 66 del Código penal alemán, y que se impone de manera adicional a penas de prisión superiores a dos años cuando el sujeto sea especialmente peligroso y de la valoración conjunta del autor y de sus hechos se infiera un *peligro futuro* para la colectividad. En este caso, se le mantiene encerrado, mediante esa custodia de seguridad, con lo cual no se reconoce al sujeto propiamente como persona en Derecho sino que se le combate con coacción jurídica para prevenir riesgos futuros: esto es, en ese sentido, se le trata como enemigo y no como persona en Derecho.

**5) A.R.: En varias ocasiones hemos tenido la fortuna de contar con su presencia en estas tierras latinoamericanas, por lo cual ha podido palpar, aún someramente, nuestros logros pero también nuestras crudas realidades, altos índices delictivos y desigualdades sociales. ¿Considera Ud. que un Derecho penal del enemigo ayudaría a estabilizar esas variables?**

*G.J.:* No puede pretenderse que el Derecho penal (ni siquiera el Derecho penal del enemigo) lo consiga todo. Las desigualdades sociales, por ejemplo, es algo que excede de un simple problema jurídico-penal. Dicho de otra forma: para combatir desigualdades es preciso arbitrar otras normas de carácter social, asistencial, reparador, etc., pero no necesariamente se consigue eso mediante el Derecho penal.

En mi opinión, el Derecho penal del enemigo no se halla en situación (ni tendría por qué) de resolver esos problemas. Por el contrario, el Derecho penal del enemigo cumple la función de llamar la atención, de delimitar aquel ámbito en que el legislador soberano de Estados sociales y democráticos de Derecho decide tratar a un delincuente con mayor gravedad que a otros, de manera proporcional a su peligrosidad manifestada al exterior.

Por eso, yo he resaltado la conveniencia de delimitar nítidamente el Derecho penal del enemigo (más contundente) del Derecho penal del ciudadano (más garantista). Eso es lo mejor y lo más garantista para el Estado de Derecho. La otra solución, esto es, entremezclar el Derecho penal del enemigo con el del ciudadano, conlleva el riesgo de que el primero contamine al segundo, y al final se traten a los ciudadanos también como enemigos, incluso cuando no se ha demostrado su especial peligrosidad. Es lo que ha sucedido en no pocos casos recientes, como ha expuesto con amplitud el Dr. Miguel Polaino-Orts en su tesis doctoral sobre el tema, que acabo de prologar.

**6) A.R.: Podría explicarle a aquellas personas que no han adentrado en la lectura de su obra ¿a qué refiere el binomio guerra-proceso penal dentro del derecho penal del enemigo?**

*G.J.:* En la Guerra rige la conveniencia, la utilidad, la oportunidad (esto es, la adecuación a un fin); en el proceso penal prepondera la legitimidad, esto es, adecuación a la legalidad. El modelo del Derecho penal del enemigo, tal como ha sido y es empleado por los legisladores modernos, responde a la primera idea. El Derecho penal del ciudadano responde, en cambio, a la segunda.

**7) A.R.: Aún cuando el punto es extenso en su desarrollo, podría comentarle a nuestros lectores ¿cuál es el fundamento iusfilosófico del Derecho penal del enemigo?**

*G.J.:* A lo largo de toda la época de la Ilustración una idea difundida era equiparar al delincuente con el enemigo. Nadie o casi nadie defendería hoy eso. Pero entonces, en las concepciones de contractualismo estricto y clásico, todo delincuente es un enemigo. Esto lo sostenían renombrados pensadores de la talla de Rousseau o Fichte. Pero también en la época hubo algunos filósofos que se apartaron de esa idea totalista (todo delincuente es enemigo), y se decantaron por mantener el estatus de ciudadano para aquellos delincuentes que no se desvían por principio del Estado. Esta es la idea de Hobbes o Kant, donde ya se observa una delimitación entre un Derecho penal del

enemigo y un Derecho penal del ciudadano, que coexisten al mismo tiempo y que tienen ambos cabida en una concepción democrática del Estado.

En todo caso, queda una idea básica: el concepto de persona es una institución normativa, y una institución tal únicamente puede brindar orientación cuando se encuentra cimentada cognitivamente. Esa cimentación cognitiva de la vigencia de la norma falta, en cambio, cuando nos hallamos un autor con elevada probabilidad de que se va a seguir comportando de manera delictiva. El sujeto no solamente no da seguridad de comportarse como persona en Derecho (lo que supone respetar a los demás como tales personas, así como respetar los derechos de los demás) sino lo contrario: crea inseguridad cognitiva acerca de que la norma va a seguir desplegando su vigencia protectora de los derechos de los demás.

**8) A.R.: Para finalizar, actualmente se encuentra en el tapete el tema de los derechos humanos, podría comentarnos el por qué deben diferenciarse el mantenimiento y el establecimiento de los mismos?**

*G.J.:* Cuando se habla de derechos no se trata ya más de meros seres humanos (esto es, de la naturaleza), sino de personas, esto es, de instituciones sociales y normativas. Por ello, es preciso poner de manifiesto que los llamados “derechos humanos” (o mejor dicho: “derechos *de la persona*”) son un producto de la cultura y no algo que provenga de la naturaleza. Sólo cuando se tiene en cuenta esa idea se podrá saber exactamente qué es lo necesario para el mantenimiento de la cultura social, y -por tanto- también del ordenamiento jurídico, los derechos de la persona y del Estado social y democrático de Derecho.

*(Entrevista concedida por el maestro Günther Jakobs durante su visita a Caracas-Venezuela, en el mes de abril de 2008).*



**Agradecimiento:** Al Dr. Miguel Polaino Orts, por toda la colaboración prestada en la traducción de la presente entrevista.