

**BIBLIOTECA  
ENRIQUE LOW MURTRA**

Miguel Polaino-Orts  
*Doctor en Derecho*  
*Profesor de Derecho Penal*  
*Universidad de Sevilla*

# DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

*Fundamentos, potencial de sentido y  
límites de vigencia*

Prólogo de Günther JAKOBS

[BOSCH]



<i>Abreviaturas</i> .....	17
<i>Prólogo</i> .....	19
<i>Nota preliminar</i> .....	23

**SECCIÓN PRIMERA**  
**Método, Historia, Fundamentos**

<b>CAPÍTULO I. Un ejemplo literario de Derecho penal del enemigo...</b>	31
I. El capítulo <i>cervantino</i> de los galeotes como fundamento epistemológico del Derecho penal del enemigo .....	33
II. Las enseñanzas penales del pasaje <i>cervantino</i> de los galeotes.....	35
A) <i>Ginés de Pasamonte como foco desestabilizador (enemigo)</i> .....	35
B) <i>Inseguridad cognitiva y concepto de norma: los fundamentos de una orientación real</i> .....	39
III. Corolario: sobre la actualidad del combate de focos de desestabilización social .....	42
<b>CAPÍTULO II. Cronología de una polémica</b> .....	45
I. La partida de nacimiento del concepto de Derecho penal del enemigo (1985) .....	47
A) <i>La anticipación de la barrera de punición por lesión de «normas de flaqueo»</i> .....	47
B) <i>La necesaria garantía de una esfera mínima de libertad privada</i> .....	51
C) <i>La compleja configuración del concepto de norma</i> .....	53
II. El desarrollo del Derecho penal del enemigo .....	55
A) <i>Aportaciones jakobsianas de los años 90 y siguientes</i> .....	55

	B) <i>Perspectivas del Derecho penal del riesgo en el nuevo siglo</i> .....	57
III.	El Derecho penal del enemigo como problema jurídico, dogmático y filosófico .....	61
	A) <i>La consolidación de la doctrina sobre el Derecho penal del enemigo</i> .....	61
	B) <i>Aportaciones monográficas sobre el Derecho penal del enemigo (2003)</i> .....	63
IV.	Recapitulación: ¿Qué significa Derecho penal del enemigo en el momento presente? .....	66
	A) <i>Esencia: erosión de la seguridad cognitiva en la norma</i> .....	66
	B) <i>Función de la pena: combate prospectivo frente a una fuente de peligro</i> .....	67
	C) <i>Caracteres</i> .....	68
	D) <i>El Derecho penal del enemigo en el pensamiento de Jakobs: ¿evolución o ruptura?</i> .....	69
<b>CAPÍTULO III. Evolución y Fundamentos histórico-filosóficos</b> .....		73
I.	El Derecho penal del enemigo en perspectiva histórica .....	75
II.	Rousseau: el infractor del contrato social como enemigo .....	78
	A) <i>Exposición de la doctrina rousseaumiana</i> .....	78
	B) <i>Consideraciones críticas</i> .....	82
III.	Fichte: el enemigo como «cabeza de ganado» .....	86
	A) <i>Tesis, prueba y antítesis: la infracción del pacto como motivo de exclusión social y el contrato de expiación como «segunda oportunidad»</i> .....	86
	B) <i>Excepción a la expiación: el asesino como enemigo</i> .....	89
	C) <i>Consideraciones críticas</i> .....	90
IV.	Hobbes: el enemigo como sujeto a quien la disciplina de la ley no ha conseguido civilizar .....	92
	A) <i>El estado natural como guerra de todos contra todos y la necesidad de controlar las relaciones entre hombres mediante un Estado totalitario</i> .....	92
	B) <i>¿Existe el Derecho penal del enemigo únicamente en los Estados totalitarios?</i> .....	98
V.	Locke: el Derecho penal del enemigo basado en la ley natural .....	99
	A) <i>El estado de naturaleza como estado de libertad e igualdad</i> .....	99
	B) <i>El ser humano como ejecutor y garante de la ley natural frente a los enemigos</i> ..	102
VI.	Kant: el estado de naturaleza como enemistad y la posibilidad de su combate privado .....	107
	A) <i>La enemistad latente de quien genera inseguridad</i> .....	107
	B) <i>Los límites racionales en el combate del enemigo</i> .....	109
VII.	Beccaria: la pena de muerte como modo de combatir al enemigo .....	111
	A) <i>Ideario penal de Beccaria: contractualismo y necesidad de pena</i> .....	111
	B) <i>Supuestos de licitud de la pena de muerte</i> .....	114
	C) <i>Consideraciones críticas</i> .....	115
	1. <i>Alcance de la noción de libertad en el mundo real: libertad real y libertad ideal</i> .....	115

2.	<i>La justificación de la pena de muerte en estado de excepción y como prevención general negativa</i> .....	117
3.	<i>Excursio: ¿Pena de muerte como paradigma del Derecho penal del enemigo?</i> .....	121
VIII.	Schmitt: el enemigo como «otro».....	129
	A) <i>La construcción de enemistad pública definida privadamente</i> .....	129
	B) <i>Jakobs ¿un epígono de Schmitt?</i> .....	133
IX.	Recapitulación.....	139

## SECCIÓN SEGUNDA

### Parte General: Puntos Clave

<b>CAPÍTULO IV. El concepto funcionalista de Enemigo</b> .....	143
I. La noción de enemigo en clave histórica.....	145
A) <i>El enemigo en la Antigüedad remota</i> .....	146
B) <i>El enemigo en el Derecho romano</i> .....	146
C) <i>El concepto de enemigo en el Derecho histórico español</i> .....	151
D) <i>La polisemia actual de la noción de enemigo</i> .....	152
II. La contextualización del enemigo en la discusión actual.....	154
A) <i>La distinción sistémica entre sistema y entorno (persona e individuo) como punto de partida epistemológico</i> .....	154
1. <i>La persona en Derecho como titular de derechos y de deberes</i> .....	155
2. <i>El individuo como parte del entorno</i> .....	159
B) <i>La trascendencia funcionalista del binomio persona versus individuo/enemigo</i> .....	162
C) <i>Relación entre los conceptos de individuo y enemigo</i> .....	166
D) <i>Tránsito de persona a enemigo</i> .....	168
III. El concepto funcionalista de enemigo.....	170
A) <i>El descriptivismo funcionalista de la noción de enemigo</i> .....	170
B) <i>Características del concepto de enemigo</i> .....	175
1. <i>Cientificidad</i> .....	175
2. <i>Normativismo</i> .....	176
3. <i>Descriptivismo</i> .....	180
4. <i>Neutralidad valorativa</i> .....	181
5. <i>Relativismo</i> .....	182
6. <i>Autoexclusión potestativa</i> .....	186
7. <i>Eventualidad temporal</i> .....	189
8. <i>Proporcionalidad</i> .....	190
C) <i>Definición del concepto «enemigo»</i> .....	192
IV. Indicios legales de enemistad: poniendo caras al enemigo.....	193
A) <i>Pertenencia a banda armada u organización ilícita</i> .....	194

B)	<i>Interacción de sujeto con objeto peligroso</i> .....	197
C)	<i>Reincidencia y habitualidad delictiva</i> .....	200
	1. <i>La reiteración delictiva como forma fenomenológica de Derecho penal del enemigo</i> .....	200
	2. <i>¿Son la reincidencia y la habitualidad normas constitucionalmente aceptables?</i> .....	209
V.	<i>Excurso sobre el aborto y la personalidad en Derecho</i> .....	214
	A) <i>¿El feto como enemigo?</i> .....	214
	B) <i>Valoración crítica: la inviabilidad de aplicar el paradigma del Derecho penal del enemigo al aborto</i> .....	215
VI.	<i>Conclusión: personalidad mínima y personalidad completa: la personalidad potencial del enemigo</i> .....	218
<b>CAPÍTULO V. Seguridad cognitiva de Vigencia de la norma</b> .....		223
I.	<i>La configuración normativa de la Sociedad y las condiciones de su realidad</i> .....	225
	A) <i>Sociedad como acuerdo normativo</i> .....	225
	B) <i>Positivación normativa de expectativas sociales y realizabilidad de la norma como requisito de su realidad</i> .....	227
	C) <i>Prestación de seguridad cognitiva como requisito de inclusión</i> .....	228
	D) <i>El sinalagma libertad de organización/responsabilidad de las consecuencias</i> .....	232
	E) <i>Esencia de la seguridad cognitivo-normativa</i> .....	234
	F) <i>Inseguridad real y sensación de inseguridad</i> .....	236
II.	<i>Función de la norma: orientación de conductas e institucionalización de expectativas sociales</i> .....	237
III.	<i>Consecuencias de la erosión de la seguridad cognitiva</i> .....	243
	A) <i>Imposibilidad de una razonable confiabilidad en las normas jurídicas</i> .....	243
	B) <i>Incapacitación normativa de orientar conductas</i> .....	245
	C) <i>Impedimento de la juridicidad completa</i> .....	246
IV.	<i>Tratamiento legal del déficit de prestación de seguridad cognitiva</i> .....	250
	A) <i>El ajusticiamiento personal restablecedor del orden social como deber de civildad en la época de la Ilustración</i> .....	250
	B) <i>El aseguramiento legal-estatal de las condiciones sociales de vigencia del Derecho</i> .....	253
V.	<i>La exigencia de seguridad cognitiva-normativa en la legislación española: dos ejemplos</i> .....	255
	A) <i>El cese de la actividad terrorista (enemistad al Derecho) como requisito para la libertad condicional (art. 90.1, último párrafo, CP)</i> .....	256
	B) <i>La exigencia expresa de desvinculación de grupos terroristas como requisito de seguridad habilitante del acceso a tercer grado penitenciario (art. 72.6 LOGP)</i> .....	258

	C) <i>El fin de atemorizamiento como fundamento de mayor punibilidad (ex art. 577 CP)</i> .....	260
VI.	Reflexiones conclusivas: la corroboración cognitiva de la norma como requisito de su realidad .....	262
	A) <i>Aseguramiento cognitivo como complemento necesario del aseguramiento contrafáctico</i> .....	262
	B) <i>Corroboración de lo normativo por lo fáctico como requisito de la aplicabilidad práctica de la norma</i> .....	263
	C) <i>Ámbito de la cimentación cognitiva: norma, personalidad y Derecho</i> .....	264

## **CAPÍTULO VI. Función de la pena en el Derecho penal del enemigo**

	go .....	267
I.	Introducción .....	269
II.	Función de la pena en el Derecho penal del enemigo según Jakobs: la eliminación de un peligro .....	270
	A) <i>Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano como polos ideales y la función de la pena como elemento diferenciador</i> .....	270
	B) <i>Estabilización del sistema: sobre el concepto de función y la distinción entre función latente y función manifiesta</i> .....	275
	C) <i>El dolor penal como elemento asegurativo y estabilizador</i> .....	279
III.	Revisión crítica y toma de postura en torno a la función de la pena en el Derecho penal del enemigo .....	282
	A) <i>¿Eliminación de un peligro versus estabilización normativa?</i> .....	282
	B) <i>Delito como «comunicación defectuosa» o «desliz reparable» y delito como «comoción de la permanencia del Estado»</i> .....	290
	C) <i>Tratamiento como «persona» o como «enemigo»</i> .....	293
	D) <i>Algunas consecuencias sobre el principio de proporcionalidad</i> .....	295
	E) <i>Sobre la supuesta necesidad del dolor penal</i> .....	297

### **SECCIÓN TERCERA**

#### **Técnicas político-criminales de Derecho penal del enemigo**

<b>CAPÍTULO VII. Técnicas de anticipación de las barreras de punición penal: posibilidades y límites</b> .....	305
I. La insuficiencia del paradigma de la lesión de bienes jurídicos.....	307
II. La coexistencia del paradigma de la consumación con el paradigma de la anticipación de la tutela penal .....	309
III. El «ámbito previo» como materia criminal .....	312
IV. Esencia y función de la anticipación penal .....	313
V. Técnicas pretéritas de anticipación punitiva.....	315
A) <i>Introducción</i> .....	315

	B) <i>Una mirada al pasado: los sistemas penales espiritualizados de los Estados dictatoriales</i> .....	316
VI.	Técnicas actuales de anticipación de la barrera de protección penal .....	319
	A) <i>La punición de la tentativa delictiva como principal técnica de anticipación de la barrera de protección penal</i> .....	319
	B) <i>Delitos de tentativa autónomamente configurados: tipos anticipados de «tentativa consumada» y tipos de emprendimiento</i> .....	321
	1. <i>Delitos de tentativa autónoma</i> .....	321
	2. <i>Delitos de emprendimiento, empresa o emprender</i> .....	324
	C) <i>Delitos de consumación anticipada a través de actos preparatorios: delitos de conspiración y delitos de provocación</i> .....	325
	D) <i>Delitos obstáculo: la punición como delito consumado de la premisa idónea para cometer un delito</i> .....	326
VII.	El paradigma del Derecho penal del enemigo como elemento estructural en las técnicas de adelantamiento de la punibilidad .....	327
	A) <i>La «enemistad jurídica» como fundamento de la anticipación penal y sus límites en la punición de la tentativa</i> .....	327
	B) <i>La influencia del paradigma del enemigo en la incriminación de tipos de tentativa autónoma y tipos de emprendimiento</i> .....	335
	C) <i>El espectro del combate contra el enemigo en la incriminación autónoma de actos preparatorios como delitos consumados</i> .....	339
	D) <i>La criminalización de la premisa idónea para cometer delitos (delito obstáculo) como forma de Derecho penal del enemigo</i> .....	341
	1. <i>¿Infringen los delitos obstáculo el principio de lesividad?</i> .....	344
	2. <i>¿Puede legitimarse constitucionalmente un delito sin ofensa?</i> .....	349
	3. <i>Sobre la presunción de legitimidad de los delitos obstáculo</i> .....	351
VIII.	Conclusión: sobre la ubicuidad de las técnicas de anticipación.....	353
	<b>CAPÍTULO VIII. La posesión como delito</b> .....	355
I.	Introducción: problemática general de los delitos de posesión y de estatus .....	357
II.	La posesión de objetos peligrosos como delito .....	359
	A) <i>Prevención, antecedentes y ubicuidad de los delitos de posesión</i> .....	359
	B) <i>Tipología de los delitos de posesión</i> .....	361
	C) <i>Esencia del contenido de injusto de los delitos de posesión</i> .....	364
III.	¿Son los delitos de posesión ejemplos de Derecho penal del enemigo?.....	366
	A) <i>¿Peligrosidad objetiva versus peligrosidad subjetiva de la posesión?</i> .....	366
	B) <i>¿Concurren en los delitos de posesión las características esenciales definidoras del Derecho penal del enemigo?</i> .....	371
IV.	Conclusión: la posesión de objetos inequívocamente ilícitos como forma de enemistad jurídica.....	375

<b>CAPÍTULO IX. El injusto de los delitos de organización delictiva como forma de enemistad.....</b>		<b>379</b>
I.	La insuficiencia del paradigma del autor individual.....	381
	A) <i>Paradigma del autor individual versus paradigma del sistema de injusto...</i>	381
	B) <i>Discusión científica sobre los dos paradigmas .....</i>	383
II.	Tipología de los delitos de organización .....	385
	A) <i>Delito propio de estatus: la pertenencia a banda armada.....</i>	387
	B) <i>Delito impropio de estatus: incriminación autónoma de delito de asociación ilícita (concierto para delinquir).....</i>	388
	C) <i>Incriminationes autónomas de tipos de criminalidad organizada o terrorista</i>	389
	D) <i>Agravante genérica de cometer el hecho con auxilio de otras personas .....</i>	391
	E) <i>Agravaciones específicas por pertenencia a organización delictiva.....</i>	391
	F) <i>Estimación de la pertenencia a una organización criminal como criterio habilitante para la imposición de otras sanciones.....</i>	393
III.	Los sistemas de injusto: definición y taxonomía.....	393
	A) <i>La organización criminal como sistema penalmente antijurídico .....</i>	393
	B) <i>Clases de sistemas de injusto: sistemas simples y sistemas constituidos.....</i>	395
IV.	El injusto de los sistemas de injusto (injusto sistémico) .....	395
	A) <i>La entidad jurídica autónoma de las organizaciones criminales .....</i>	395
	B) <i>Estructura anticipada y contenido del injusto sistémico.....</i>	397
	C) <i>Elementos del injusto sistémico .....</i>	398
	1. <i>El elemento objetivo («asociarse con otros»): acerca de su neutralidad.....</i>	398
	2. <i>Elemento subjetivo («con fines delictivos»): ¿punción de meros pensamientos?.....</i>	399
V.	Naturaleza de los delitos de organización .....	401
	A) <i>Reflexiones previas .....</i>	401
	B) <i>La organización delictiva como injusto sistémico autónomo .....</i>	401
	C) <i>La organización delictiva como injusto anticipado o derivado.....</i>	402
	D) <i>Revisión crítica y toma de postura: la organización criminal como institución delictiva dinámica desestabilizadora del sistema.....</i>	404
	1. <i>¿Cabe explicar el delito de organización criminal únicamente como un injusto derivado del delito-fin? .....</i>	405
	2. <i>¿Prescinde la incriminación de la organización criminal del principio del hecho al incriminar meros fines delictivos (pensamientos)?.....</i>	407
	3. <i>Sobre la esencia dinámica y la lesividad real de la organización criminal.</i>	410
	4. <i>¿El delito-fin como punto de referencia para la imputación de riesgos a miembros y colaboradores externos? .....</i>	415
VI.	Modelos de imputación en los delitos de organización.....	416
	A) <i>Modelo de la transferencia.....</i>	417
	B) <i>Modelo de responsabilidad por el hecho propio .....</i>	418
	C) <i>Referencias críticas sobre la imputación del injusto sistémico.....</i>	419

VII. Reflexión final: ¿son los delitos de organización constitucionalmente admisibles? .....	421
--	-----

#### SECCIÓN CUARTA

### Aplicación del modelo de Derecho penal del enemigo a tipos de la Parte Especial del Código penal

<b>CAPÍTULO X. El aseguramiento espacial del enemigo: Las medidas de alejamiento</b> .....	429
I. La pena de alejamiento (deportación y destierro): perspectiva histórica y panorama general .....	431
II. Previsión y ámbito de aplicación en la legislación española .....	436
A) <i>Violencia doméstica</i> .....	436
B) <i>Terrorismo y otras figuras de criminalidad peligrosa</i> .....	441
III. Caracteres del alejamiento .....	444
A) <i>Restricción física de derechos fundamentales</i> .....	444
B) <i>Previsión cumulativa</i> .....	446
C) <i>Primacía de la seguridad cognitiva sobre la presunción de inocencia</i> .....	446
D) <i>Anticipación de las barreras de represión penal</i> .....	447
E) <i>Falta de reducción proporcional de la duración de la medida</i> .....	449
IV. Fundamento y justificación del alejamiento como paradigma del Derecho penal del enemigo .....	449
A) <i>Déficit de garantía cognitiva</i> .....	451
B) <i>Subsistencia de un peligro latente</i> .....	451
C) <i>Desliz reparable versus desestabilización social</i> .....	452
D) <i>Autoexclusión social</i> .....	455
E) <i>Relatividad de la situación de enemistad</i> .....	456
F) <i>Aseguramiento legal coactivo</i> .....	457
G) <i>Maximización de la seguridad de la víctima</i> .....	458
V. Funciones del alejamiento .....	460
A) <i>Insuficiencia de una visión aislada o unilateral del enemigo</i> .....	460
B) <i>Función inmediata: blindar un espacio de libertad en el que la víctima pueda ser persona en Derecho</i> .....	462
C) <i>Función mediata: posibilitar el desarrollo de la vida social</i> .....	464
VI. ¿Obligatoriedad del alejamiento? .....	466
A) <i>La peligrosidad como fundamento del alejamiento</i> .....	466
B) <i>Posible inconstitucionalidad</i> .....	470
C) <i>Ventajas de la separación entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo</i> .....	471

<b>CAPÍTULO XI. El paradigma del enemigo en los delitos contra la Seguridad colectiva</b> .....	479
I. Introducción.....	481
II. Los nuevos delitos contra la seguridad vial.....	482
A) <i>Introducción y visión de conjunto</i> .....	482
B) <i>Valoración político-criminal: el conductor como enemigo</i> .....	483
1. <i>Conductor como enemigo y vehículo como arma</i> .....	483
2. <i>El punto clave: la creación de «violencia vial» e «inseguridad normativa»</i> .....	485
3. <i>Penalización de las infracciones administrativas</i> .....	486
C) <i>Crítica: un Derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado</i> .....	487
III. El debate en torno a la defensa frente a ataques aéreos: la Ley alemana de seguridad del tráfico aéreo.....	489
A) <i>Introducción</i> .....	489
B) <i>Previsión legal de la ley: el § 14.3 LuftSiG y su declaración de inconstitucionalidad</i> .....	490
IV. Conclusión .....	495

#### SECCIÓN QUINTA

#### Peligrosidad criminal: medidas de seguridad y menores infractores

<b>CAPÍTULO XII. ¿Derecho penal del enemigo versus Derecho penal de las medidas de seguridad?</b> .....	499
I. Las diversas vías de solución de conflictos penales .....	501
II. Medidas de seguridad y peligrosidad criminal.....	502
A) <i>De la prevención especial a la tutela comunitario-general</i> .....	502
B) <i>Paralelismos entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal de las medidas de seguridad</i> .....	507
C) <i>Proporcionalidad de las medidas y peligrosidad prospectiva</i> .....	511
<b>CAPÍTULO XIII. La irrupción del paradigma de enemigo en la legislación penal de menores</b> .....	519
I. El cambio de paradigma en el tratamiento del menor infractor .....	521
II. Panorama general .....	522
III. Medida de alejamiento como paradigma del Derecho penal del enemigo .....	522
IV. La banda juvenil como injusto sistémico .....	527
V. Conclusión .....	529

## SECCIÓN SEXTA

## Falsos mitos y Legitimidad del Derecho penal del enemigo

<b>CAPÍTULO XIV. Un ejemplo de los falsos mitos</b> .....	533
I. Introducción.....	535
II. Derecho penal del enemigo, ¿un invento de Jakobs?.....	535
III. ¿Existe realmente «un» Derecho penal del enemigo?.....	540
IV. ¿Son las normas de Derecho penal del enemigo ilegítimas <i>per se</i> ?.....	542
V. ¿Legítima el Derecho penal del enemigo regímenes autoritarios?.....	551
VI. ¿El enemigo, en tanto «no persona», carece de derechos?.....	560
VII. ¿Ilegitimidad <i>per se</i> por responder a un patrón de Derecho penal de autor?.....	567
VIII. ¿Quién define al enemigo?.....	576
IX. ¿Quién responde de la pacificación insuficiente?.....	580
X. ¿Genera el Derecho penal del enemigo mayor inseguridad?.....	581
<b>CAPÍTULO XV. Derecho penal y Política criminal del enemigo: criterios para una diferenciación. Reflexiones finales sobre la legitimidad del Derecho penal del enemigo: <i>nihil novum sub sole</i></b> .....	583
I. ¿Derecho penal del ciudadano <i>versus</i> Derecho penal del enemigo?.....	585
II. ¿«Derecho penal» o «Política criminal» del enemigo?.....	587
III. La legítima convivencia entre normas del Derecho penal de ciudadanos y del Derecho penal del enemigo.....	590
IV. El problema de una sustitución integral del modelo democrático por una Política criminal del enemigo: la mutación de la estructura estatal.	594
V. ¿Es el Derecho penal del enemigo Derecho penal?.....	596
A) ¿El Derecho penal del enemigo como guerra?.....	596
B) Sobre la pertenencia del llamado Derecho penal del enemigo al concepto de Derecho penal.....	599
C) Derecho penal del enemigo: ¿ <i>contradictio in terminis</i> ?.....	601
1. ¿Interna disfuncionalidad? Sobre la supuesta demonización de enemigos.....	603
2. ¿Prescinde el Derecho penal del enemigo del principio del acto?.....	604
VI. La sólo aparente novedad del fenómeno del Derecho penal del enemigo.....	605
VII. El rechazo irracional del Derecho penal del enemigo.....	606
Conclusiones.....	611
Bibliografía.....	629