



Artículo original

Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos **Criminal law of the enemy and laws of democratic States** **Enemigo mba'éva derecho penal ha Estado democrático-kuera mba'éva léi**

Rossana Diana Raquel Carvalho Estigarribia*

<https://orcid.org/0000-0003-2169-7321>

Poder Judicial. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
Asunción, Paraguay

Resumen

En el presente artículo de revisión se realizó un análisis de la teoría del derecho penal del enemigo, elaborada por el jurista alemán Günther Jakobs (1985), a partir de la óptica de varios autores estudiosos del tema. De manera que, se abordaron los fundamentos teóricos, características principales, la diferencia del significado del concepto de persona y no persona para esta teoría; la finalidad de la pena, en lo que este autor denominó derecho penal del ciudadano y del enemigo. En ese contexto, se tomó como referencia estos rasgos y realizó un examen acerca de la existencia de normas con las notas distintivas realizadas por su propulsor en las distintas legislaciones de estados democráticos como: Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay. Para este efecto, se utilizó un enfoque cualitativo con nivel descriptivo, así también como técnica de recolección de datos se aplicó la revisión bibliográfica y el instrumento utilizado fue la ficha bibliográfica. Sobre la base a de los estados estudiados, se concluyó que a pesar de los resguardos a principios liberales centrados en la dignidad humana y los valores de libertad, justicia e igualdad, han incorporado en sus legislaciones algunas normativas que reúnen las características formuladas por este jurista alemán respecto a la concepción normativa de ciudadanos y no ciudadanos.

Recibido: 23/08/2022

Aprobado: 27/09/2022

*Relatora de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Asunción, Paraguay.

Email: dianitagumarela@hotmail.com

Abogada, egresada de la Universidad Católica Nuestra de la Asunción. Notaria. Especialista en Derecho Procesal Penal. Especialista en Didáctica Universitaria. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Alumna de la Maestría en Garantismo Penal y Derecho procesal Penal (INECIP-UNP).

ISSN 2415-5063 Versión impresa
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py>

ISSN 2415-5071 Versión en línea
Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0



Palabras claves: Derecho penal del enemigo, ciudadano, enemigo, persona en derecho, legislación.

Abstract

This article analyzes the theory of the criminal law of the enemy, elaborated by the German jurist Günther Jakobs (1985), from the point of view of several authors who have studied the subject. Thus, the following topics were addressed: the theoretical foundations, main characteristics, the difference in the meaning of the concept of person and non-person for this theory, the purpose of punishment, in what this author called criminal law of the citizen and of the enemy. In this context, these features were taken as a reference and an examination was made of the existence of norms with the distinctive notes made by their proponent in the different legislations of democratic states such as the United States, Mexico, Colombia, Peru, Brazil and Paraguay: United States, Mexico, Colombia, Peru, Brazil and Paraguay. For this purpose, a qualitative approach with a descriptive level was used, as well as a bibliographic review as a data collection technique and the instrument used was the bibliographic record. On the basis of the states studied, it was concluded that despite the safeguards to liberal principles centered on human dignity and the values of freedom, justice and equality, they have incorporated in their legislation some regulations that meet the characteristics formulated by this German jurist with respect to the normative conception of citizens and non-citizens.

Key words: Criminal law of the enemy, enemy, citizen, enemy, person at law, legislation.

Ñemombyky

Ko kuatiañe'ẽ ojehecha jeyva'ekuẽpe oñehesa'ỹijókuri pe teoría hérava derecho penal del enemigo, ohai ñepyrũva'ekue upe jurista alemán hérava Günther Jakobs (1985), oñembyaty paite mba'êichapa ohecha heta tapicha arandu oikuaa pypukúva ko mba'e. Upéicha rupi, oñeñe'ẽ ha ojehecha mba'e mba'épa ompyenda iteoría-kuéra, mba'emba'épa oguereko, mamópa ojoajy ojoehegui mba'épa ichupekuéra guarã yvypóra ha yvypora'ỹva ko teoría-pe guarã; maerãpa ojejapo la pena, ko karai ombohéra “derecho penal del ciudadano y del enemigo. Upéva upe pa'ũme, ojemoĩ jesarekopyrã ko'ã mba'eta ha ohesa'ỹijo peteĩteĩ umi normakuéra ha omombe'u umi mba'e ohecharamovéva ipype omoñepyrũ ha ohejava'ekue léi opaichaguápe oiporúva estado democrático kuéra. Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Brasil ha Paraguay. Kovarã oiporúkuri enfoque cualitativo con nivel descriptivo, ha upeicha avei ombyatypa haguã umi dato kuéra ojeheka heta aranduka ha umi tembiporu katu: ficha bibliográfica. Umi estado-kuéra ojestudiapa rire, oñeguahẽ peteĩ ñe'ẽme: oñeñangarekóramo jepe umi pyenda omoĩva mbytetépa yvypóra rekove, umi mba'e porã: liberta, tekojoja, teko peteichapa, oñemoinge ra'e ileikuéra apytépe ko karai jurista alemán rembiecha he'íva he'íva tekotevẽa léi léi ciudadano ha ciudadano'ỹme guarã.

Ñe'ẽ tee: Derecho pena enemigo mba'éva, tavaygua, enemigo, yvypóra derécho,, lleikuera.



Introducción

Ante el fenómeno de la globalización, que trajo consigo el siglo XXI, los sistemas penales de la región occidental han comenzado a experimentar cambios frente a la praxis político criminal, que pueden resumirse en el concepto de expansión del derecho penal. En ese sentido, el derecho penal se ha transformado en el instrumento más utilizado para resolver todo tipo de conflictos a través del castigo (Borja, 2017; Cancio, 2003; Silva, 2001).

Al respecto, la política penal de los Estados ha oscilado entre la utilización mínima del derecho penal como ultima ratio, ciñéndose para ello a unos principios, derechos y garantías como fundamentos de sus ordenamientos jurídicos; y, una utilización máxima que va más allá de lo que permiten esos principios y derechos, al punto de dejarlos de lado, propugnando su derogación y su sustitución por principios de eficiencia en la lucha contra la criminalidad y de defensa social (Muñoz, 2011); por lo que, se encuentra con una diversidad de tendencias que rigen la actuación del Estado en materia de combate de la delincuencia (Polaino Navarrete, 2011).

En ese entendimiento, el contexto social e histórico de la política criminal se relaciona a su vez, con una concreta dogmática penal, que constituye su instrumento teórico y repercute en el derecho penal positivo de una determinada sociedad a la que sirve y en la cual se configura y desarrolla (Polaino Navarrete, 2011). Ahora bien, la teoría dogmática que ha servido de fundamento para justificar la tendencia legislativa al endurecimiento de las penas, y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se aplica un régimen penológico distinto y más gravoso que a otros, es la llamada teoría del derecho penal del enemigo, cuyo principal impulsor es el jurista alemán Günther Jakobs (Balbuena, 2010).

Si bien es cierto, G. Jakobs utilizó por primera vez el concepto de derecho penal del enemigo en 1985, refiriéndose a él como un topos para el análisis crítico-descriptivo del derecho penal alemán de esa época, en el que dejaba al descubierto la existencia de disposiciones que transformaban al autor penal en una mera fuente de peligros, en un enemigo del bien jurídico, despojándolo de su esfera privada y de su estatus como ciudadano. Este nivel puramente analítico-descriptivo lo abandonó en 1999, cuando empezó a hablar de unas leyes de lucha con las cuales se combaten individuos, que no prestan la garantía cognitiva mínima para ser tratados como persona en derecho, pasando de la descripción de la *lex lata* —derecho vigente— a la creación de un concepto de enemigo, pretendiendo legitimar una legislación bélica, diferente a la aplicable a los ciudadanos (Ambos, 2007; Gracia, 2005; Paz-Mahecha, 2010; Sotomayor, 2008).

De manera que, el sistema que plantea consiste en atribuir a ciertos individuos la condición de enemigos del sistema social, en razón a que, por sus actitudes se han apartado de modo duradero del Derecho; por lo que deben ser considerados como no personas, dando lugar a dos tipos de derecho penal: un derecho penal del ciudadano, dirigido a las personas y un derecho penal del enemigo, oponible a los no personas, quienes no podrán invocar los derechos y garantías propias del derecho penal ordinario o del ciudadano (Paz-Mahecha, 2010).

Considerando que, para Jakobs (2003), el derecho penal conoce dos tendencias en sus regulaciones; por un lado, el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que éste exteriorice su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo que es interceptado en un estadio previo y al que se le combate por su



peligrosidad. Así por ejemplo, en el derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, mientras que en el D/derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro.

Hay que mencionar además, este derecho excepcional ha existido siempre, y ha sido utilizado bajo el discurso criminológico de emergencia para combatir al enemigo y legitimar un ejercicio ilimitado del poder punitivo con el pretexto de la necesidad de defensa (Zaffaroni, 2011). Desde los orígenes de la codificación penal en el siglo XIX, se recurrió a leyes excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros códigos penales.

En España, apareció una legislación excepcional para reprimir el bandolerismo, luego los movimientos sociales anarquistas de finales del siglo XIX, y sobre todo tras la guerra civil (1936/39) una legislación penal de carácter bélico militar que se prolongó durante el régimen de la dictadura franquista (Muñoz, 2007; Sevillano, 2016).

Igualmente, ejemplos similares los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos y, en otras partes del mundo, especialmente durante periodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de modo muy generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en dictaduras del Cono Sur americano –Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil– durante los años setenta y parte de los ochenta del pasado siglo (Muñoz, 2007).

La novedad de este derecho penal del enemigo al que se refiere G. Jakobs, es que esta tipología de carácter excepcional contrario a los principios liberales del Estado de derecho e incluso a los derechos fundamentales, reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de derecho (Muñoz, 2011).

En base a las consideraciones que anteceden, este artículo tiene por objeto detectar la existencia de normas con rasgos característicos de derecho penal del enemigo, en distintas legislaciones de Estados democráticos como Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay, con el fin de tomar conciencia de que este tipo de normas ha trascendido los regímenes totalitarios y que aún tienen vigencia en Estados liberales bajo el fundamento de hacer frente a los problemas que trae consigo la globalización.

Derecho penal del enemigo. Generalidades

La teoría dogmática propuesta por G. Jakobs, parte de un modelo de pensamiento jurídico denominado funcionalismo normativo radical o sistémico, que se estructura a través de las ideas de la teoría social de sistemas propuesta por Niklas Luhmann (Rabazoni y Nadim, 2017) y se apoya en tres elementos esenciales: Los conceptos de sociedad, norma y persona configurada socialmente (Cervini, 2010).

Así que, para G. Jakobs (2003), el funcionalismo jurídico penal se reconoce como aquella teoría en la que el derecho penal se dirige a garantizar la identidad normativa y con ello la constitución misma de la sociedad, con base al presupuesto de que la función de la pena es la reafirmación de la vigencia de la norma en beneficio de la estabilización del sistema social.



En este sentido, su concepción constituye la versión más radical de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social, a través de una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales con el objetivo de cumplir con la función de prevención general positiva, mediante tres elementos: a) ejercicio en la confianza en la norma; b) ejercicio de fidelidad en el derecho; y c) ejercicio de aceptación de las consecuencias (Demetrio, 2010).

En ese razonamiento, según Polaino Navarrete (2011) el planteamiento de G. Jakobs radica en la construcción de un completo sistema funcional-normativista, en el que todos los conceptos jurídico-penales se ven privados de su contenido ontológico, pre-jurídico o naturalístico, deviniendo nociones netamente normativizadas.

Puesto que G. Jakobs (2003) argumenta, si la meta de una norma es determinar la configuración de una sociedad, la conducta conforme a ella debe ser realmente esperable, pues significa que las expectativas de las personas deberían partir de que los demás no infringirán la norma, sino que se comportarán conforme a ella; pues sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se convierte en una promesa vacía.

Además, afirma que la existencia del Estado y la norma sólo tiene sentido si la protección de la libertad y de la seguridad personal se tornan efectivas, y si se puede asegurar con un muy alto grado de certeza. De esta manera, el fundamento del Estado y de la norma es el mismo fundamento del individuo: La garantía cognitiva derecho-deber a los presupuestos mínimos de la convivencia civilizada, identificada con los presupuestos mínimos de respeto a las expectativas básicas de conducta, respeto a los valores elementales de la sociedad (Pedrolli, 2017).

En ese sentido, el derecho penal cumple la misión de confirmar el mandato jurídico, por encima de la protección de bienes jurídicos y busca principalmente el aseguramiento de las expectativas de las normativas esenciales frente a sus defraudadores, esto es la vigencia de la norma que permita el desarrollo normal de las actividades ciudadanas (Rubio, 2014).

Dentro del esquema señalado por G. Jakobs, aquellos individuos que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, no ofrecen la mínima garantía de seguridad cognitiva de un comportamiento personal y su conducta ya no resulta calculable conforme a las expectativas de las normativas, entonces, por su especial peligrosidad se constituyen en enemigos de la sociedad y ya no pueden ser tratados por el derecho penal ordinario; sino que, como enemigos deben ser sometidos a un derecho penal diferenciado en sus principios y reglas (Gracia, 2005).

Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo

En ese orden, para G. Jakobs (2003), el Estado puede proceder de dos formas con los delinquentes: Puede ver en ellos personas que han cometido un error, y que a través de la pena son llamadas a equilibrar el daño, o individuos a los que se debe impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; lo que da lugar a dos propensiones en las regulaciones de derecho penal, por un lado, el trato con el ciudadano ante quien el Estado reacciona con la pena para confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por el otro, el trato con el enemigo al que directamente se le combate por su peligrosidad.



En vista que, en el derecho penal del ciudadano, la pena pretende comunicar, contra fácticamente al delincuente, que el hecho que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de una norma. Por el contrario, en el derecho penal del enemigo la pena carecería de dimensión comunicativa y contra fáctica; se constituye en una mera herramienta de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro (Cervini, 2010).

También, para Gracia (2005), el derecho penal del ciudadano sería un ordenamiento de integración y de cohesión de los miembros de la sociedad, una herramienta de pacificación entre ciudadanos; mientras que el llamado derecho penal del enemigo, sería un ordenamiento jurídico orientado a la exclusión de ciertos individuos de la sociedad y una forma de guerra contra enemigos.

En tanto, Martínez (2016), señala que el derecho penal del enemigo sería: «el constructo lingüístico de naturaleza artificial que legitima la decisión deontológica de excluir parcialmente la calidad de persona a un individuo, para incluirle en el catálogo de riesgos y peligros sociales» (p. 13).

En efecto, para J. Cancio (2003), el derecho penal del enemigo resulta de la combinación del punitivismo, que trae aparejado la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad; y del derecho penal simbólico, utilizado como mecanismo de creación de identidad social que tan solo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de normas, con el objetivo de dar la impresión tranquilizadora a un fenómeno social, pero que se caracteriza por su falta de incidencia real en la solución.

Por su parte, Silva (2001), distingue el derecho penal en tres velocidades; señala que la primera velocidad, está representada por el derecho penal de la cárcel, y por tanto, deben de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; la segunda velocidad, que estaría constituida por aquellas infracciones cuyas consecuencias no implican privación de libertad, por lo que cabría la flexibilización proporcional de los principios y reglas procesales clásicos; y, por último, se refirió a una tercera velocidad del derecho, que asemejó al derecho penal del enemigo en la que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político - criminales y las reglas de imputación.

Se debe agregar que, desde el derecho penal del enemigo, el mayor o menor reconocimiento de garantías constitucionales en el sistema penal, viene determinado por la toma de posición del reo frente al propio Estado. En vista de que, si viola las normas pero no pone en tela de juicio la existencia institucional de la sociedad, será considerado como ciudadano e ingresará en el aparato de la justicia penal tradicional con sus principios y límites.

Por el contrario, si la conducta va más allá de la violación de la norma y el sujeto se coloca voluntariamente fuera del sistema, arriesgando la propia estructura institucional del poder público será considerado como enemigo, y sufrirá un derecho penal mucho más restrictivo y despersonalizado (Borja, 2017).



Persona en derecho y enemigo no-persona

En este punto conviene señalar que, para Jakobs (2011), una persona en derecho no es, un individuo humano o un sujeto considerado desde un punto de vista meramente ontológico, sino que es el portador de un rol, o más exactamente, el destinatario del derecho; es una construcción exclusivamente normativa a la que se asigna deberes que debe cumplir y derechos cuyo cumplimiento puede reclamar. En resumen, la calidad de persona significa ser reconocido como portador de derechos y de deberes, de modo evidente en una sociedad.

Ahora bien, el concepto de persona para la teoría en análisis descansa en una base positiva, contractualista y utilitarista, no responde a una proposición ontológica, sino a la unión de ciertas condiciones, entre ellas el compromiso de fidelidad al ordenamiento jurídico y, mediante él, al contrato social; quien no se muestra de esa manera, no sería persona ni ciudadano, sino enemigo, es decir no persona (Nuñez, 2009).

Esto es, 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 miembros a ser una reacción contra un enemigo (Jakobs, 2004).

Dado que el tránsito del ciudadano-persona al enemigo-peligroso se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas (Piorno, 2010). En última instancia, la posición que ocupa el sujeto como titular de derechos, como persona y ciudadano puede perderla por su propia conducta y pasar a ser un individuo sin derechos, un combatiente enemigo, que tiene que ser aplastado para preservar la sociedad (Borja, 2017).

Precisamente, Polaino-Orts (2009) señala al enemigo como todo aquel, que disponiendo de sus capacidades intelectual y volitiva intactas, y pudiendo adecuar su comportamiento a la norma, decide autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose mediante una amenaza exteriorizada en forma de inseguridad cognitiva que debe ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz, a los efectos de garantizar el mínimo de respeto para la convivencia social.

Bajo esta arista, enemigo será aquel que no ofrezca garantía cognitiva mínima para ser tratado como persona y, en consecuencia, se le excluye del circuito de la comunicación por su infidelidad al derecho. Esto implica que el ciudadano deja de ser persona para erigirse en un peligro, por lo que corresponde minimizar su catálogo de derechos fundamentales, maximizar las penas, reducir las posibilidades de acceder a sustitutivos penitenciarios y anticipar la punibilidad a los actos preparatorios con normas de flanqueo (Martínez, 2016).

La pena en el derecho penal del enemigo

En lo que respecta a la pena en general, G. Jakobs (2003), afirma que constituye la confirmación de la existencia normativa; el elemento decisivo del hecho penal no es la lesión al bien jurídico, sino la lesión a la juricidad en sí misma. Paralelamente, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar, sino que sirve como marginalización del



hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado (Pedrolli, 2017).

En ese entendimiento, la pena es coacción de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. Por un lado, es coacción portadora de un significado, como respuesta al hecho de una persona racional; en esta medida, tanto el hecho como la coacción son medios de interacción simbólica; Sin embargo, la pena también produce físicamente algo: Una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad; en esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva contra el individuo peligroso (Jakobs, 2003).

Como esta función de aseguramiento, al que se hace referencia en el derecho penal del enemigo, no mantiene la vigencia de la norma, ya que no hay expectativa que mantener, de aquí que tampoco haya pena como comunicación, sino sólo pura coacción. Lo que se busca es neutralizar el peligro futuro de quien no presta la suficiente garantía de cumplir con sus deberes como persona en derecho (Almeyda, 2015).

Si bien es cierto, la segregación del delincuente a través de la pena privativa de libertad es propia de un derecho penal del ciudadano y de un derecho penal del enemigo, difiere en la forma en que se llega a dicha segregación y la intensidad de la misma. En el segundo caso, la exclusión del reo de la sociedad se logra a través del sacrificio de los derechos y garantías fundamentales del estado de derecho, mientras que, en el primero, se mantienen los intentos por que ello no ocurra (Manzuelos, 2006).

Características del derecho penal del enemigo

La teoría del derecho penal del enemigo se caracteriza especialmente por tres elementos: En primer lugar, un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva, en lugar de—como es habitual—retrospectiva. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: Especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Cancio, 2003).

Además, de los citados elementos, G. Jakobs (2011) agrega como característica que se trata de un derecho de la excepción o de lucha-combate; y, Cancio (2003) y Ferrajoli (2007) destacan como característica que se trata de un derecho penal de autor, dada la notoria incompatibilidad existente entre el derecho penal del enemigo y el principio del hecho.

Adelantamiento de la punibilidad

El adelantamiento de las barreras de punibilidad consiste en la aplicación del ejercicio del poder punitivo, a pesar de que la conducta del individuo aún no ha producido la afectación de un bien jurídico; representa criminalizar conductas ubicadas exclusivamente el ámbito privado o que no constituyen una acción socialmente relevante, lo que tiene el poder de calificar al autor de un mero peligro abstracto a un bien jurídico como una fuente actual de peligro importante a dicho bien (Molina, 2017; Pedrolli, 2017).



En vista que el punto de partida de este tipo de regulaciones no es la conducta actuada, sino la planeada; el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros. Se toma como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado; la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva, en lugar de retrospectiva (Jakobs, 2003).

En tal sentido, la punibilidad abarca etapas del iter criminis que el derecho penal liberal proclamó a salvo de toda persecución penal, ya que se desplaza el punto de referencia del hecho realmente ejecutado al hecho propuesto o acordado, con grave avance sobre el ámbito de reserva de los individuos y de su libertad ideológica (Niño, 2007).

Incremento desproporcionado de penas

Las normas de derecho penal del enemigo se caracterizan porque las penas previstas son considerablemente altas. Al respecto, la desproporcionalidad de las penas tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados, en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio desproporcionadas de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos, que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización (Gracia, 2005; Leiva, 2017).

Así también, la razón de la elevadísima pena con que se reprime al injusto penal relativamente poco concretado, consistente en una lesión a la seguridad pública, se debe fundamentalmente a la necesidad de asegurar cognitivamente y alejar de sus hechos delictivos, o incluso solo de sus planeaciones, a determinados autores peligrosos a los que, presumiblemente, en breve ya no se les va podría disuadir de llevar a cabo sus propósitos criminales. La pena impuesta tiene por ello, predominantemente el carácter de una custodia preventiva de seguridad (Jakobs, 2011).

Restricción de garantías procesales

Un signo especialmente relevante para la identificación del derecho penal del enemigo y, a la vez, profundamente sensible es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. A este respecto, se pone en cuestión la presunción de inocencia, se reducen las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se revierte la carga de la prueba, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de fines investigadores, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura (Gracia, 2005).

Legislación de guerra, lucha o combate

En este punto, G. Jakobs ve también una manifestación típica del derecho penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales de los últimos años se autodenominen abierta



y precisamente como leyes de lucha o de combate, lo cual representaría, según él, un paso de la legislación penal a una legislación de combate (Gracia, 2005), en las que el trato que se le da al enemigo reviste carácter tradicional militar (Balbuena, 2010).

Derecho penal de autor

El derecho penal del enemigo se hace derecho penal de autor cuando se sanciona un hecho externo inocuo o no lo suficientemente ofensivo como para ser objeto de castigo penal, buscándose en realidad criminalizar la actitud interna; o igualmente cuando se trata de un hecho externo que, reuniendo ese contenido mínimo exigible de lesividad, tiene asignada una pena superior a la que resultaría ajustada a la gravedad del hecho y ello se hace, por razones que tienen que ver con la peligrosidad del autor, con su forma de ser o, en fin, con el colectivo en el que se integra (Alonso, 2018).

Método

La presente investigación se realizó con un alcance de tipo descriptivo, porque se busca conocer el fenómeno utilizando un criterio sistemático que permite poner de manifiesto su estructura y describir normas a partir del modelo teórico definido previamente (Sabino, 2010); En tal sentido, utilizó un enfoque cualitativo porque se determinan las características y cualidades del objeto de estudio (Campoy, 2018).

Para ello, se ha recurrido a fuentes secundarias de información para la obtención de datos, puesto que se ha trabajado con artículos e investigaciones previas realizadas por otros autores (Gallud, 2015).

La técnica utilizada fue la revisión documental, que consiste en la obtención y análisis de información a partir de documentos que sirven para bosquejar las características y valores del fenómeno que se estudia (Scribano, 2007).

Resultado

Estados Unidos

En Estados Unidos se han sancionado verdaderas trasposiciones normativas del derecho penal del enemigo, como una reacción radical frente a los atentados terroristas del 11 de setiembre de 2001, justificando y legitimando una respuesta bélica, en la que se combate al enemigo con la guerra, lo que se puede asociar con un derecho penal de excepción que pretende aniquilar al enemigo sin ningún tipo de miramiento, sin garantías, proceso, ni tener en cuenta ninguna otra cosa que no sea la legitimidad de la violencia para la consecución de un fin distorsionado: La libertad y seguridad de las personas, de los ciudadanos y, en definitiva, de quienes no son enemigos (Balbuena, 2010).

Algunas leyes dictadas en ese contexto son «The Patriot Act», que facultaba a las agencias de investigación, sin control judicial a detener, vigilar e interceptar todo tipo de comunicación, prestar especial vigilancia a sospechosos de terrorismo o lavado de dinero, dentro o fuera de los Estados Unidos; «The Airport Security Federalization Act», en la que se hacían más estrictas las medidas de seguridad en aeropuertos y aviones de vuelos comerciales, aumentando el número de policías y detectives y sus atribuciones para detectar cualquier amenaza de atentado; y, «The



Military Commissions Act», en la que se define los sujetos afectados por la orden militar denominada Detención, tratamiento y juicio de ciertos no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo, que permite detenciones dentro o fuera del territorio estadounidense, juzgamiento por tribunales militares, y penas que incluyen la prisión de por vida y la pena de muerte (González, 2013).

México

Así también, en México bajo el discurso de la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia organizada, se han producido sucesivas reformas al texto constitucional y se han dictado leyes especiales en materia de delincuencia organizada, que han derivado en la aplicación de un derecho penal de excepción con rasgos característicos del derecho penal del enemigo, como respuesta para combatir y erradicar los delitos graves o de alto impacto, dentro de los cuales se encuentran los vinculados a la delincuencia organizada, la trata de personas, los homicidios, las violaciones y secuestros (Crespo, 2018; Mancera, 2011).

En tal sentido, en la reforma constitucional del 2008, se observa una abierta disminución de las garantías de legalidad y seguridad jurídica en lo que respecta a toda forma de delincuencia organizada, se denota un endurecimiento de la reacción estatal y la legitimación de severos actos de privación de derechos por parte del Estado para esos casos.

Igualmente, la «Ley federal contra la delincuencia organizada», es otro ejemplo con características del derecho penal del enemigo, ya que se implementa la limitación de beneficios preliberacionales, para ciertos delitos se incrementa la parte especial, dando paso a la creación de nuevos tipos penales, se aumentan las penas a muchas figuras delictivas y, además, se aumenta también los plazos de prescripción (Mancera, 2011).

Según Ontiveros (2019), la «Ley de seguridad interior», que entró en vigor en México el 22 de diciembre de 2017, constituye otro prototipo más de derecho penal del enemigo, pues su objetivo es neutralizar riesgos que amenacen la seguridad nacional, permitiendo el uso de métodos, tácticas, armamentos y protocolos que realiza el personal de las Fuerzas Federales y en su caso, las Fuerzas Armadas para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia; sin especificar bajo qué condiciones un acto puede ser considerado resistencia.

Colombia

En el caso de Colombia, para hacerle frente al terrorismo transnacional se implementaron una serie de medidas de talante militar y policivo, orientadas hacia la seguridad pública y nacional que, en la práctica han resultado en la restricción de derechos fundamentales y en la estructuración de un discurso que construye enemigos y potencia temores y prejuicios en la sociedad. Se dictaron leyes de emergencia, promovidas desde los prejuicios y el miedo generalizado, intentando lograr la reducción del reclamo ciudadano, sin atender realmente el problema, convirtiéndose en un derecho penal absolutamente simbólico (Saidiza y Carvajal, 2016).

En lo que respecta a la técnica legislativa en la producción de leyes de emergencia en materia penal, se observan características como: a) adelantamiento de la punición a estados previos a la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos; b) creación artificiosa de nuevos bienes jurídicos a proteger; c) se presta mayor énfasis en la casuística, bajo fórmulas legales poco claras,



indeterminadas y maleables; y, d) se evidencia un pernicioso retorno a las tesis del derecho penal de autor (Saidiza y Carvajal, 2016).

Entre los textos legales con las características señaladas se pueden citar la Ley n.º 1121 del año 2006, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y la Ley n.º 1453, del 24 de junio del 2011, por la cual se modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, y el Código de Infancia y Adolescencia; para aumentar el control sobre la seguridad y mesurar los índices de criminalidad en las ciudades y prevenir el terrorismo; con lo que se deja ver la orientación que han tomado los legisladores hacia un derecho penal del enemigo, con el endurecimiento desmedido de penas, el aumento de las conductas punibles y con la medida de aseguramiento como primera opción (Bayona, Gómez, Mejía, y Ospina, 2017; Gómez y Cifuentes, 2011).

Perú

Mientras tanto en Perú, con la promulgación de la Ley n.º 30076, de 2013, que establece tolerancia cero al sicariato, se declara la improcedencia de la aplicación de criterios de oportunidad para reincidentes habituales y crimen organizado, y se dispone mayores requisitos para los beneficios penitenciarios; y con la promulgación de la Ley n.º 30077, de 2013, de lucha contra el crimen organizado; se refleja una clara apuesta por una mayor represión o endurecimiento del sistema penal como respuesta frente al fenómeno criminal. La severidad que se ha buscado imponer a través de dichas leyes, permite apreciar el alto grado de confianza que el legislador deposita en la pena, así como su falta de interés por la realización de políticas que se fundamenten en ideas distintas a la sola inocuización de delincuentes peligrosos (Castro, 2018).

En el plan de reacción ante la criminalidad, también corresponde citar la Ley n.º 30506, de setiembre de 2016, en la que se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, con el fin de reprimir al delincuente y disminuir los índices de criminalidad. En los 34 decretos legislativos en lo penal, procesal penal y penitenciario, se observa que no están orientados a combatir los factores que producen o contribuyen al desarrollo del fenómeno criminal, sino que se centran únicamente en adelantar la barrera punitiva y endurecer las sanciones a los culpables; lo que lleva a sostener que se pretende enfrentar la inseguridad con la aplicación de un derecho penal del enemigo (Chombo, 2016).

Brasil

Por lo que refiere a Brasil, si bien no se adopta abiertamente la teoría del derecho penal del enemigo, existen en su ordenamiento jurídico regulaciones con resquicios de esa formulación teórica, inclusive en la propia Constitución se aprecia un mandato de incriminación de determinadas conductas y la creación de medidas que las repriman a través del derecho penal y procesal penal, siendo éstas mucho más severas que las aplicables al resto de los tipos penales vigentes; por ejemplo, la imprescriptibilidad de los delitos de racismo, la imposibilidad de que los imputados por tortura, tráfico de drogas o terrorismo puedan obtener la libertad bajo fianza; también se establece que serán imputados de dichos delitos los que lo ordenan, lo ejecutan y los que omiten evitarlos, lo que representa claramente un derecho de lucha (Pedrolli, 2017).



Así por ejemplo, la incidencia del derecho penal del enemigo en Brasil son el Decreto n.º 314, del año 1967, que tipifica los crímenes contra la seguridad nacional, de manera vaga abriendo la posibilidad al juez de interpretar según su voluntad, el concepto de seguridad nacional; la «Lei de crimes hediondos», en la que se endurece el tratamiento dado en algunos tipos de crímenes considerados más amenazantes para la sociedad; la «Lei de Crimes organizados» n.º 12850 del año 2013, en la que se volvió obligatorio el cumplimiento de la pena en régimen cerrado (Paganeli, 2020).

También, se pueden citar la «Lei de Execução Penal» n.º 10792 del año 2003, en la que se establece un régimen disciplinar diferenciado respecto a los presos de los que se sospecha la participación en organizaciones criminales, asociación criminal o milicia privada, autorizando su aislamiento y restricción de visitas; y la «Lei do Abate» n.º 9614 del año 1998, en la que se autoriza derribar aeronaves tenidas como enemigas o sospechosas de estar realizando tráfico de sustancias estupefacientes en el espacio aéreo brasileño (Paganeli, 2020).

Paraguay

Con respecto al Paraguay, se observa que existen una serie de figuras que razonan en características más agravadas o más contundentes y en la disminución de ciertas garantías del sujeto, endureciendo aquellas medidas propias del procedimiento penal, que se diferencian de las demás articulaciones del código penal y procesal penal; a esos artículos se les familiariza con el precepto del derecho penal del enemigo, y a los restantes artículos se los enmarca dentro del derecho penal del ciudadano (Garcete, 2020); también se destaca cierta propensión a un derecho penal de autor en el que prevalecen las características personales del presunto autor antes que el hecho punible materializado (Brítez, Martínez, y Torres, 2019).

Un ejemplo de este tipo de legislación es la Ley n.º 4024 del 24 de junio de 2010, «que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo», ya que las conductas allí tipificadas carecen de precisión y resultan indeterminadas e indeterminables en violación al principio de estricta legalidad, lo que puede dar lugar a manipulaciones y abusos hacia quienes son considerados enemigos del sistema según los intereses propios de quienes se encargan de su aplicación (Martens, y otros, 2019).

Conclusión

Conforme a los resultados obtenidos en el marco de la presente investigación es posible concluir que, si bien los Estados democráticos cuya legislación ha sido objeto de estudio, propugnan principios liberales centrados en la dignidad humana y los valores de libertad, justicia e igualdad, por más que no aplican abiertamente la teoría del derecho penal del enemigo como fundamento filosófico de su derecho positivo, han incorporado en sus legislaciones algunas normativas que revisten rasgos característicos del modelo propuesto por el jurista alemán Günther Jakobs.

En esa línea se verifica que Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay, tienen en común que sus leyes especiales en materia de terrorismo, financiamiento del terrorismo y organizaciones criminales constituyen leyes de lucha o combate; presentan una marcada tendencia a la reducción de garantías procesales, adelantamiento de la punibilidad, penas muy elevadas y falta



de precisión en la determinación de la conducta punible, generando tipos penales muy abiertos que violan el principio de estricta legalidad.

En general, estas leyes fundamentan su vigencia en discursos de eficiencia en la lucha contra el crimen organizado, en el combate de aquellos sujetos que son considerados fuentes de peligro para la seguridad nacional, y que representan una amenaza contra los ciudadanos que depositan su confianza en la protección de su seguridad y libertad personal por parte del Estado, justificando en ese sentido, la utilización de métodos o elementos propios de regímenes totalitarios, en desmedro de las libertades y garantías alcanzadas en el pasado y poniendo en peligro el propio Estado de derecho.

Recomendaciones

Promover la investigación y producción de literatura que permita una mayor visibilización del problema, que genera la incorporación de normas con características de derecho penal del enemigo para la consolidación y vigencia de los principios democráticos y liberales propugnados actualmente por los Estados.

Referencias

- Almeyda, D. A. (2015). *Bases para la contención del Derecho penal del enemigo: Dialéctica de la interpretación y delito de afiliación a organización terrorista*. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Alonso, A. (2018). ¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la preparación delictiva. *Estudios penales y criminológicos*, 38, 461-510.
- Ambos, K. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Balbuena, D. E. (2010). Tendencias de la legislación penal actual y el derecho penal del enemigo. Hacia la inocuización del delincuente. *Fòrum de Recerca*, 64-102.
- Bayona, D. M., Gómez, A., Mejía, M., y Ospina, V. H. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta Sociológica*, 71-94.
- Borja, E. (2017). Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: Proyecciones en el ámbito del terrorismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 28-71.
- Brítez, C., Martínez, A., y Torres, L. T. (2019). Una mirada al derecho penal paraguayo a la luz de la teoría del “Derecho penal del enemigo” de Günther Jakobs. *Revista Científica Estudios e Investigaciones*, 145-146.



- Campoy, T. (2018). *Metodología de la investigación científica. Manual para la elaboración de tesis y trabajos de investigación*. Asunción: Marben editora y gráfica S.A.
- Cancio, M. (2003). ¿"Derecho penal" del enemigo? En G. Jakobs, y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (págs. 57-102). Madrid: Civitas.
- Castro, W. R. (2018). *La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo*. (Tesis Maestría). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Cervini, R. (2010). El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 5, 27-50.
- Chombo, T. A. (2016). ¿Es el Derecho Penal del Enemigo la respuesta a la inseguridad ciudadana? *Repositorio de la universidad de San Martín de Prorres*.
- Crespo, Y. G. (2018). El derecho penal de excepción como restricción a los derechos humanos en México. *Ecos sociales*, 6(17), 541-549.
- Demetrio, E. (2010). Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de derecho penal y criminología*, 3, 13-26.
- Ferrajoli, L. (2007). El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*(19), 5-22.
- Gallud, E. (2015). *Manual práctico para escribir una tesis*. Madrid: Verbum.
- Garcete, U. M. (2020). *La implicancia del control de convencionalidad en el derecho penal del enemigo*. Asunción: Intercontinental.
- Gómez, C. B., y Cifuentes, M. M. (2011). *Derecho penal del enemigo (Tesis de Especialización)*. Universidad Libre Seccional Pereira.
- González, L. S. (2013). *La legislación estadounidense anti-terrorista post 9-11 y el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Un estudio de caso Guantánamo como centro de detención*. (Maestría). Instituto tecnológico y de estudios superiores de Monterrey.
- Gracia, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia y Criminología*.



- Gracia, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jakobs, G. (2003). Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En G. Jakobs, y M. Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (págs. 19-55). Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson civitas.
- Jakobs, G. (2011). En los límites de la orientación Jurídica: Derecho penal del enemigo. En G. Jakobs, M. Polaino Navarrete, & M. Polaino-Orts, *El Derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro: Una respuesta desde el Estado de Derecho* (págs. 17-36). Resistencia: ConTexto.
- Jakobs, G. (2011). Estado de derecho y combate de peligros, un esbozo. En G. Jakobs, M. Polaino Navarrete, y M. Polaino-Orts, *El derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro* (págs. 37-39). Resistencia: ConTexto.
- Leiva, A. (2017). Derecho penal del enemigo y delitos terroristas: Por una reconsideración de sus propuestas en un Estado de derecho. *Revista de Derecho UDD*, 35-52.
- Mancera, M. Á. (2011). El Derecho penal del enemigo en México. *Revista Penal Mexico*, 1(1), 141-160.
- Manzuelos, J. (2006). El derecho penal del enemigo: Un modelo a desarmar. Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal. *Derecho y Sociedad*, 27, 273-282.
- Martens, J., Orrego, R., Acosta, M., Muñoz, A., Martens, E., Molinas, D., . . . Rodríguez, E. (2019). *Topáke violencia nóртеpe. Análisis de las actuaciones de la FTC, el Ministerio Público y el Poder Judicial y su impacto en la vigencia de Derechos Humanos de pobladores de Concepción y San Pedro*. Asunción: Arandurá.
- Martínez, E. (2016). La genealogía de la Enemistad en el Poder Punitivo Mexicano. *Prospectiva Jurídica*, 7(13), 11-22.
- Molina, R. (2017). *El Derecho penal del enemigo: Los delitos contra la estructura del Estado constitucional*. (Tesis de grado). Universidad de las Américas.



- Muñoz, F. (2007). De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. En “*Universitas Vitae*” *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (págs. 521-544). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Muñoz, F. (2011). La generalización del derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. *Ciencia Jurídica*, 113-142.
- Niño, L. F. (2007). Derecho penal del enemigo: Nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo. En F. Pérez Alvarez, *Universitas Vitae homenaje a Ruperto Núñez barbero* (págs. 553-566). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Núñez, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario. *Política Criminal*, 4(8), 383-407.
- Ontiveros, P. R. (2019). Análisis de la Ley de Seguridad Interior en México. *Dikê: revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 25, 39-68.
- Paganeli, V. (2020). *Direito Penal do Inimigo: Uma análise crítica da lei do abate em face dos princípios e garantias constitucionais*. Universidade Católica do Salvador.
- Paz-Mahecha, G. R. (2010). ¿Derecho Penal del Enemigo o la solución final al problema de la delincuencia? *Papel político*, 15(1), 309-323.
- Pedrolli, A. (2017). *Derecho penal del enemigo: análisis de un modelo político-criminal. Del rechazo al derecho penal de la exclusión a la legitimación de un derecho penal de lucha basada en valores constitucionales. (Tesis doctoral)*. Universidad de Salamanca.
- Piorno, M. (2010). Derecho penal del enemigo ¿Solución o caos? *Aletheia* (2), 72-85.
- Polaino Navarrete, M. (2011). ¿Por dónde soplan actualmente los vientos del derecho penal? En G. Jakobs, M. Polaino Navarrete, y M. Polaino-Orts, *El Derecho Penal ante la criminalidad de núcleo duro: Una respuesta desde el Estado de Derecho* (págs. 63-75). Resistencia: ConTexto.
- Polaino-Orts, M. (2009). *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona: Bosh.
- Rabazoni, R., y Nadim, R. (2017). Sistema penal funcionalista e o Direito penal do inimigo. *Cadernos del PPGDir./UFRGS*, 12(1), 379-398.



- Rubio, I. T. (2014). El derecho penal del enemigo: de la teoría actual a la práctica represiva del nuevo Estado franquista. *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea* (13), 227-250.
- Sabino, C. (2010). *Cómo hacer una tesis y elaborar todo tipo de escritos*. Buenos Aires: Lumen Hvmanitas.
- Saidiza, H. F., y Carvajal, J. E. (2016). Crisis del estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Iusta*, 44, 17-39.
- Scribano, A. O. (2007). *El proceso de investigación social cualitativo*. Buenos Aires: Prometeo.
- Sevillano, F. (2016). Política y criminalidad en el nuevo estado franquista. La criminalización del enemigo en el derecho penal de posguerra. *Historia y Política* (35), 289-311.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitatis.
- Sotomayor, J. O. (2008). ¿El Derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal*, 148-164.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.