



*Asesorías y Tutorías para la Investigación Científica en la Educación Puig-Salabarría S.C.
José María Pino Suárez 400-2 esq a Lerdo de Tejada, Toluca, Estado de México. 7223898475*

RFC: ATI120618V12

Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.

<http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>

Año: VII

Número: Edición Especial

Artículo no.:24

Período: Febrero, 2020.

TÍTULO: Derecho penal del enemigo.

AUTORES:

1. Máster. Frankz Alberto Carrera Calderón.
2. Lic. Andrea Alexandra Condoy Norambil.
3. Máster. Diego Francisco Granja Zurita.

RESUMEN: El derecho penal del enemigo es una forma de pensamiento para muchos nueva, pero realmente no lo es. Esta corriente filosófica jurídica tiene una gran cantidad de personas que la defienden en especial en Alemania y España, en donde han llegado a plasmarla en su normativa jurídica. En este artículo se realiza un análisis del mismo fundamentado en la teoría que le da soporte. Para ello se considera autores como Jakobs, Kant, Rosseau, Fichte, Hobbes, Locke entre otros, de igual manera se establece quienes son considerados enemigos por parte de un Estado y quienes son los ciudadanos.

PALABRAS CLAVES: derecho penal, enemigo, coercitivo, ciudadano.

TITLE: Criminal law of the enemy.

AUTHORS:

1. Master. Frankz Alberto Carrera Calderón.
2. Lic. Andrea Alexandra Condoy Norambil.
3. Master. Diego Francisco Granja Zurita.

ABSTRACT: The criminal law of the enemy is a new way of thinking for many, but it really is not. This legal philosophical current has a large number of people who defend it especially in Germany and Spain, where they have come to shape it in their legal regulations. This article analyzes the same based on the theory that supports it. For this, authors such as Jakobs, Kant, Rosseau, Fichte, Hobbes, Locke among others are considered, in the same way it is established who are considered enemies by a State and who are the citizens.

KEY WORDS: criminal law, enemy, coercive, citizen.

INTRODUCCIÓN.

En vista de los terribles acontecimientos delincuenciales de todo tipo, y en especial aquellos relacionados a aspectos sexuales contra de niños, mujeres y sociedad en general, a nivel mundial, en los cuales también están incluidos actividades de terrorismo, surge una forma de pensamiento jurídica denominada “derecho penal del enemigo”.

Esta forma de pensamiento es atribuida al jurista alemán Günther Jakobs, siendo esta una de corriente de pensamiento que está tomando fuerza en diferentes sociedades y de manera especial en países de corte totalitario (López, 2015).

Para este autor “cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social” (Jakobs & Cancio, 2003, p.13-14), es decir, la normativa debe apegarse a la realidad de los pueblos, no puede estar alejada de la misma so pena de estar al servicio de interés mezquinos, o como dice López (2015), “ser la sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea”.

Esta forma de pensamiento considera al delincuente como enemigo de la sociedad, es decir, se pretende que dejen de ser consideradas como personas por parte del Estado, por lo cual el Estado no debería propender a recuperarlos para la sociedad. Otros pensadores que concuerdan con las ideas de

Jakobs, consideran que es necesario “inocuar” al delincuente, es decir, “incapacitarlo”, debido a su nivel de peligrosidad (Magallanes, 2002), de ahí que, el derecho penal del enemigo considera que es necesario llevar a cabo medidas de seguridad “pre-dilectuales” para prevenir delitos futuros. Es menester recordar que esto no es nuevo, basta recordar a Ezequiel Cesare Lombroso el padre del positivismo criminológico.

Pero ¿Por qué surge esta corriente ideológica?, ¿Cómo afecta esto a nuestro país?, ¿Por qué es importante analizar esta corriente del pensamiento?, ¿La relación entre nuestra constitución y esta noción de pensamiento?, estas preguntas son las directrices que han permitido el desarrollo de este trabajo. Es menester considerar que este pensamiento va en contra de aquel que proclama la dignidad del ser humano en cualquier etapa de su vida.

DESARROLLO.

Métodos.

El presente artículo se fundamenta a partir del método bibliográfico, examinando diferentes fuentes obtenidas tales como libros, artículos en revistas científicas entre otros. Por otra parte, se realiza un análisis de cada una de la información para poder usarla, fundamentándose en el pensamiento crítico.

Resultados.

La revisión bibliográfica de diferentes fuentes, permitió sistematizar la información obtenida y generar los siguientes resultados.

El derecho penal.

Antes de mencionar que es el Derecho Penal, es menester considerar algunas definiciones del derecho: “El derecho es producto de lo social, esto, porque la convivencia humana produce la conciencia de lo jurídico” (Flores, 2016, p.1); además, sostiene la misma autora, que el derecho solo tiene sentido para el hombre en sociedad. De ahí, que es la propia sociedad quien se autoregula, siendo

una característica del derecho que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose en obligatoria en algún sentido (Tamayo, 2001).

Para Flores (2016), “el derecho es un conjunto de normas, principios y definiciones creado y tutelado por el poder público para regular la convivencia entre los hombres” (p.2). Esta es una visión más bien, del derecho positivo ya que se establece la existencia de un poder público para regular (castigar) a las personas que no actúan de acuerdo a las normas. Sobre el mismo tema Scmill (2010), citando a Hans Kelsen dice que desde el momento en que se establece que existen ciertos hechos o actos de los que depende la creación de normas jurídicas, se reconoce también que el derecho es un sistema normativo y que regula su propia creación.

Finalmente recordando lo mencionado por Kant (1907 como se citó en Jakobs & Cancio, 2003), “todo derecho se haya vinculado a la autorización para emplear coacción”, y la “coacción más intensa es la del derecho penal” (Jakobs & Cancio, 2003, p.26)

Cabe este momento tratar sobre el derecho penal, el mismo que no tiene una concepción única, esto se debe a que al momento de elaborar una posible definición es necesario tomar en cuenta diferentes factores que es necesario analizar tales como: momento histórico y la ideología del pensador, además se puede establecer definiciones jurídicas de carácter general o filosófica del derecho penal.

Para Alcácer (2004), se puede establecer en forma básica dos modelos del derecho penal, por un lado, la protección de bienes jurídicos y por el otro lado la protección de la vigencia del ordenamiento jurídico.

Ossorio (2010), en su diccionario jurídico en primer momento es necesario comprender que el derecho penal “lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente, y sobre esos principios, variables en el tiempo y en espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno corresponde...” (p.345).

Bajo este mismo criterio Jiménez de Ansúa considera que el derecho penal es: “Un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (Ossorio, 2010, p.345).

Para Nuñez (2009), el derecho penal actualmente tiene dos concepciones, por un lado, el derecho penal simbólico y un renovado punitivismo.

Finalidad del derecho penal.

Cuando se menciona al derecho penal, viene a la mente la definición sobre la pena. De ahí que es necesario realizar una diferenciación entre los fines de la pena y los fines del derecho penal.

El fin de la pena de acuerdo a Alcácer (2004), es la prevención de acciones, pero este solo es un “medio para un fin ulterior”, este fin ulterior es la protección de bienes jurídicos, es decir, que la protección de bienes jurídicos sería el fin del derecho penal.

La finalidad del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social. De esta afirmación surge que con el Derecho Penal se pretende proteger aquellos intereses que la sociedad considera relevantes de acuerdo a su idiosincrasia (vida, libertad, propiedad, orden y seguridad pública, el normal y transparente desenvolvimiento de la Administración Pública, etc.) a través de la represión, o sea, del castigo al infractor.

Por otra parte, la finalidad del Derecho Penal no es únicamente la sanción, sino también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tienen como fundamento normal morales. No obstante, la ley penal no puede ser una protección absoluta de la moral.

La defensa del orden social se debe llevar a cabo a través de la prevención y posterior represión del delito. Para Kindhäuser (1996), el fin del derecho penal es “proteger condiciones elementales de integración social orientada al entendimiento, o los fundamentos jurídicos de la sociedad” (p.67).

El enemigo bajo la concepción del derecho penal del enemigo.

La idea de un enemigo de una sociedad no es nueva, es así que Rousseau (1959), en su obra magistral “El contrato social”, manifiesta que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del estado, puesto que se halla en guerra con este.

De igual forma el filósofo alemán Johann Gottlieb Fichte considera que: “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos” (como se citó en Jakobs & Cancio, 2003, p.27).

Jakobs & Cancio (2003) hacen una diferenciación clara entre ciudadanos y enemigos en referencia a su comportamiento respecto a la observación de la normativa establecida por un estado. Este mismo autor considera que al denominarse a un grupo de personas como enemigos simplemente se está separando a estos de los ciudadanos desde el punto de vista del derecho penal: frente al individuo peligroso, que no es persona en el derecho, el estado no reacciona con una pena que supone comunicación, sino con lucha contra el peligro.

De igual manera, Jakobs & Cancio (2003) consideran que al hablar de persona o no persona, se le está haciendo frente al espejo del derecho. Una forma de ser No-persona (Unperson) es la del enemigo, pero el derecho positivo presenta otras formas de exclusión de individuos distintas de la del enemigo, como sucede en el caso de seres humanos antes del nacimiento.

La traición y el espionaje, pero también el terrorismo, son delitos que subvierten las leyes de la libertad, y en esa medida sus autores son destinatarios del derecho penal del enemigo, porque son, sin duda, enemigos exteriores. Pero también individuos que estuvieron integrados en el pacto pueden dejar de estarlo, como se explicó antes, y quedar en estado de naturaleza. Por este motivo, "todo pronunciamiento, que desemboca en una rebelión, es en esencia el delito más considerable y punible". Que estos delitos cuyo denominador común es la reacción frente al orden establecido-son cometidos siempre por el enemigo, es evidente.

La cuestión es, sin embargo, la referencia a otros grupos de delitos que claramente siguen las reglas del derecho penal del enemigo: acaso la criminalidad económica, los delitos sexuales o todo el ámbito de delincuencia referida al tráfico de drogas o de armas. Este problema es planteado ya por Rousseau (1959), cuando habla de la pena de muerte o el exilio de quien ha declarado la guerra a la sociedad.

Los ciudadanos.

En consonancia con lo anterior, un ciudadano infractor es una persona que ha "dañado la vigencia de la norma; y que por ello es llamado de modo coactivo...a equilibrar el daño en la vigencia de la norma" (Jakobs & Cancio, 2003, p.35-36).

Empero, su calificativo de ciudadano radica en que ofrece garantías de que se conducirá como tal, debiendo arreglarse con la sociedad, procediendo a la reparación del daño. El político y filósofo inglés Thomas Hobbes en su célebre trabajo denominado "Leviatán", considera que "el ciudadano no puede por sí mismo su estatus de tal".

Según Gracia (2005, citado en Landaverde, 2015), la principal característica del ciudadano es la dignidad humana, con capacidad de entendimiento y de elección, que conlleva a la capacidad de vinculación al orden ético social de una comunidad, y a la conciencia de que le es posible cumplir con dicho orden.

En consecuencia, el derecho penal que le rige (derecho penal del ciudadano) es aquel que le juzga por su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia. No opera el Derecho penal de autor, puesto que es juzgado no por lo que es, sino por sus actos constitutivos de infracción al ordenamiento jurídico penal.

Discusión.

Este tema de estudio para el presente artículo está cargado de controversia, debido a que hay muchos pensadores (Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008) que consideran que se está violando una serie de derechos universalmente aceptados cuando se habla del derecho penal del enemigo y que esta concepción o forma de pensamiento es un resurgimiento del derecho penal de autoritarismo.

Debe señalarse que el jurista alemán Gunter Jakobs para elaborar su postulado, se basó en el trabajo desarrollado por otros pensadores tales como Kant, Rosseau, Fichte, Hobbes, Locke, entre otros, pero siempre pensando en que el estado debe regular y organizar de forma directa el comportamiento de aquellos que no se podrían llamar ciudadanos, basando además en el derecho positivo alemán.

De acuerdo al pensamiento de Silva (2001): “El tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad (Dencker, 1988), a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo (p.164-165).

“Las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del Derecho

penal del enemigo, pues en cuanto tales, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho” (Gracia, 2005, p.6).

En consecuencia, quien no participa en la vida en un "estado comunitario legal" debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede "tratar", como anota expresamente Kant, "como un enemigo".

Thomas Hobbes sostiene que un daño infligido sobre alguien que es enemigo declarado, no puede calificarse de castigo, pues considerando que los enemigos nunca estuvieron sujetos a la ley, nunca pueden, por tanto, transgredirla (Jakobs & Cancio, 2003). Para Jakobs & Cancio (2003), debería mantenerse por un lado el derecho penal del enemigo como parte del derecho penal del ciudadano, esto porque derecho penal como tal ya no cumple su cometido, dado, que existe una demanda marcada por la necesidad de afirmación de la seguridad.

"Para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está por encima de la juridicidad" (Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p.272). La demanda de seguridad no puede ser cubierta por el Derecho penal del ciudadano, esto en virtud a que la relación del Derecho penal con el ciudadano se presenta de forma distinta.

Así, en el Derecho penal del ciudadano, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción "ejercicio de confianza en la norma" la pena se orienta al "ejercicio de fidelidad hacia el Derecho mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales "ejercicio en la aceptación de las consecuencias".

Según el profesor de Bonn, el Derecho penal tiene un desarrollo distinto en el caso de los "enemigos". Aquí, la premisa de Jakobs es la siguiente: "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 a ser una reacción de la sociedad ante el

hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo" (como se citó en Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p.272).

Jakobs & Cancio (2003) establecen, que para determinar si una persona es enemigo es la existencia de normas positivas que defienden a la sociedad frente a agresiones futuras. A ello se debería que los "enemigos" quedan ubicados en organizaciones criminales o terroristas; producción de narcóticos por bandas organizadas; delitos de asociaciones terroristas; delincuencia económica; delincuencia sexual y conductas penales peligrosas.

De ahí que, el derecho penal del enemigo según Jakobs (1987), "optimiza la protección de bienes jurídicos", mientras que el derecho penal de ciudadanos "optimiza las esferas de libertades" (p.298).

CONCLUSIONES.

En cuanto tiene que ver a la pena bajo la lupa del derecho penal del enemigo, esta no se dirige a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas, para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida.

Existe muchos detractores de esta forma de pensamiento, ya que la consideran de gobiernos dictatoriales y extremistas, pero, sin embargo, requiere un análisis profundo, ya que corresponde a un sentir de un grupo de personas a nivel mundial.

De igual manera los modelos garantistas de derechos, y sus defensores, deberían por lo menos considerar algunos de los postulados del derecho penal del enemigo, sin embargo, prendiendo las alertas para evitar pensamientos extremistas.

Países como Alemania y España, han realizado cambios en sus normativas jurídicas, en lo que se ha denominado cuerpos normativos de lucha.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Alcácer, R. (2004). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
2. Flores, L.L. (2016). Introducción al Estudio del Derecho. México: Grupo Editorial Patria.
3. Gracia, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No.07-02, pp.1-43. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
4. Instituto Nacional de Ciencias Penales. (2008). Homenaje a Ricardo Franco Guzmán, 50 años de vida académica. México.
5. Jakobs, G. & Cancio, M. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Thompson Civitas.
6. Jakobs, G. (1987). Criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico. Alemania.
7. Kindhäuser, U. (1996). Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
8. Landaverde, M. (2015). Derecho Penal del Enemigo. Enfoque Jurídico. Recuperado de: https://enfoquejuridico.org/2015/08/26/derecho-penal-del-enemigo/#_ftn3
9. López, J. (2015). Derecho Penal del Enemigo: La sombra del autoritarismo en la política criminal contemporánea. Universidad Autónoma de Barcelona.
10. Magallanes, M.M. (2002). La inocuización. Frente a los delincuentes sexuales peligrosos, incorregibles, reincidentes. *Revista Jurídica Cajamarca*, No.7.
11. Nuñez Leiva, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Política Criminal*, 4(8), pp.383-407. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200003
12. Ossorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Guatemala: Datascan.

13. Rousseau, J.J. (1959). El Contrato Social o Principios de derecho político. Ámsterdam.
14. Scmill, U. (2010). Hans Kelsen: Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.33, pp.17-36.
15. Silva, J.M. (2001). La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. España: Civitas.
16. Tamayo, R. (2001). Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica. México: Themis.

DATOS DE LOS AUTORES.

1. **Frankz Alberto Carrera Calderón.** Magister en Ingeniería y Sistemas de Computación. Docente de la Carrera de Derecho. Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES, Matriz Ambato-Ecuador. E-mail: ua.frankzcarrera@uniandes.edu.ec
2. **Andrea Alexandra Condoy Norambil.** Abogada de los Tribunales de la República. Docente de la Carrera de Derecho. Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES, Matriz Ambato-Ecuador. E-mail: andreitacn24@hotmail.com
3. **Diego Francisco Granja Zurita.** Magister en Derecho Penal y Criminología. Docente de la Carrera de Derecho. Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES, Matriz Ambato-Ecuador. E-mail: ua.diegogranja@uniandes.edu.ec

RECIBIDO: 9 de enero del 2020.

APROBADO: 20 de enero del 2020.