



SABER, arte y técnica

Minerva. Saber, Arte y Técnica
AÑO IV / VOL. 1 JUNIO DE 2020
ISSN en línea 2545-6245
ISSN impreso 2591-3840

Acerca del Derecho penal del enemigo

NAHUEL ALBERTO FELICETTI
Universidad del Salvador, Argentina
nahuel_f@hotmail.es

RECIBIDO: 17 de marzo de 2020
ACEPTADO: 24 de mayo de 2020

Resumen Se abordará en este artículo el denominado Derecho penal del Enemigo, circunscribiéndose a su formulación original y primeros avances desarrollados por su autor, el profesor alemán Günther Jakobs. Se hará referencia, asimismo, a sus fundamentos iusfilosóficos, especialmente vinculados a los autores contractualistas. Se tratará la distinta función de la pena según se aplique en el contexto del Derecho penal del ciudadano, o respecto del enemigo. Mientras que en el primero, según Jakobs, la pena posee una función de orden preventivo general, que consiste en la reafirmación del derecho; en el segundo caso, operará como eliminación de la peligrosidad del enemigo, es decir, la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes. Finalmente se expondrán los rasgos característicos, métodos y técnicas del Derecho penal del enemigo, que dejarán en evidencia como este convive, en la actualidad, con el Derecho penal del ciudadano.

Palabras Clave derecho penal; derecho penal del ciudadano; derecho penal del enemigo; Günther Jakobs; soporte iusfilosófico al derecho penal del enemigo

About the Criminal Law of the Enemy

Abstract This article will address the so-called Criminal Law of the Enemy, limiting itself to its original formulation and initial advances developed by its author, the German professor Günther Jakobs. Reference will also be made to its iusphilosophical foundations, especially linked to contractual

authors. The different function of the punishment will be dealt with, depending on whether it is applied in the context of the criminal law of the citizen, or with respect to the enemy, and thus, while in the first, according to Jakobs, punishment has a function of a general preventive order consisting of the reaffirmation of the law; it will operate as an elimination of danger against the enemy, in other terms, the exclusion of certain criminals from society. Finally, the characteristic features, methods and techniques of the enemy's criminal law will be exposed, which will show how it coexists, at present, with the citizen's criminal law.

Keywords

criminal law; criminal law of the citizen; criminal law of enemy; Günther Jakobs; iusphilosophical foundations of the criminal law of enemy

“Rememoraba el Prof. Jakobs la reacción que, en un foro científico, tuvo con un conocido penalista cuando fue interrogado por la legitimidad y la necesidad del Derecho penal del enemigo: su respuesta fue que no era legítimo ni necesario, porque ya con los instrumentos ahora existentes [...] se podía combatir correctamente esa forma de criminalidad especialmente peligrosa. Y es que, como añadía con humor (con buen humor) el Prof. Jakobs: ¡para qué queremos vino, si ya tenemos jugo de uva fermentado!”
Polaino-Orts (2006; 2007)

I. Objeto

El presente artículo tiene por objeto delimitar el concepto del denominado Derecho penal del enemigo conforme la elaboración original de quien lo concibió, el penalista alemán Günther Jakobs. Se explicará la evolución de dicha conceptualización hasta el momento en que la discusión en torno a ella adquirió particular relevancia. Luego, se hará referencia a los fundamentos *iusfilosóficos*, vinculados con obras de autores contractualistas, y, por último, se caracterizará el fenómeno, con puntual referencia a sus notas distintivas.

Todo lo mencionado tiene el objeto de desmitificar el fenómeno y revelar su verdadero alcance teórico, dado que en no pocas oportunidades se formuló un análisis crítico sin delimitarlo correctamente, lo que sin dudas ha llevado a importantes equívocos.

II. Desarrollo histórico del concepto de Derecho penal del enemigo

Jakobs acuñó el concepto de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) en 1985, en el marco de una conferencia que pronunció en las Jornadas de penalistas alemanes en Frankfurt am Main. En esa oportunidad, trató el tema de la anticipación de la actuación del Derecho penal, esto es, la intervención en momentos previos a la lesión a un bien jurídico determinado (concreto), de forma tal que la criminalización anticipada se considera ya lesiva de un bien jurídico “general”, como la seguridad colectiva o la paz pública (Polaino-Orts, 2007: 93).

En esa ocasión, comprobó la existencia de normas en el ordenamiento jurídico penal alemán que reunían ciertas características, como el apuntalamiento de la constitución y estructura social (“normas de flanqueo”) (Ziffer, 2005: 60-61),¹ anticipación de la actuación del Derecho penal (aunque en esos casos se requería la exteriorización, para fundar que se trataban efectivamente

¹ La tarea de las normas de flanqueo (o flanqueantes) consiste en garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales: puede suceder que el autor no lesione una norma principal –por la ausencia de perturbación externa–, pero que manifieste que prontamente producirá dicha manifestación externa.

de indicios de lesión o peligro a un bien jurídico, de forma tal de respetar el “principio del hecho”), mayor interés del legislador por el hecho futuro que el pasado, respuesta de un modo asegurativo y, finalmente, la carencia o inexistencia de una reducción en la sanción (pena) acorde a la circunstancia de que se criminalizan justamente hechos que no lesionan bienes jurídicos en particular, dicho de otro modo, pese al adelantamiento (Polaino-Orts, 2007: 94). Tales normas criminalizaban actos preparatorios, de peligro y contra la seguridad del Estado, de asociación terrorista o criminal, entre otras, en las cuales Jakobs observaba que se trataba al sujeto de una forma particular, agravada en función de suponer un peligro para la norma de flaqueo: se trata a quien presuntamente cometió el hecho como un enemigo –no como un ciudadano–, restringiéndosele parte de su esfera de libertad a fin de mantener el bien jurídico general (pp. 94-95).

Es importante destacar que Jakobs no defendía este “fenómeno”, sino que su posición era de reproche. Así lo explica Pastor al señalar, respecto de este primer momento, que “la posición de Jakobs es crítica respecto del adelantamiento de la punibilidad al campo previo y del penar ese tipo de meras pertenencias o acuerdos con sanciones muy cercanas a la de los hechos graves tentados” (Pastor, 2012: 166; Maier, 2009).

La posición de Jakobs frente al Derecho penal del enemigo sufre un cambio a partir del comentario que efectuó de las Jornadas de Berlín, de 1999, dedicadas a la ciencia jurídico-penal alemana frente al cambio de milenio. Allí planteó la generalización del fenómeno y la consecuente necesidad de admitirlo si no se querían sufrir perjuicios tanto con relación a la seguridad general como a la individual. Consideraba que el fenómeno impedía o evitaba peligros graves, su propagación y alcance *a todos* (esto significa su aplicación a la generalidad, no ya como excepción, sino como regla), y evitaba que el trato al otro empeorara o se agravara (Pastor, 2012: 166).

Polaino-Orts, discípulo español de Jakobs, explica que tras esa primera formulación y hasta aproximadamente el año 2000 no se debatió mayormente el Derecho penal del enemigo, sino que se circunscribió a las normas específicas relevadas por Jakobs; y que el tema solo se reavivó a partir de los cuatro atentados terroristas suicidas en Estados Unidos que llevaron a cabo miembros de la red Al Qaeda el 11 de septiembre de 2001. Aunque se advirtió –incluso lo hizo el mismo autor– una interpretación tendenciosa –o al menos no exacta– de sus postulados:

Se desvincularon las reflexiones de Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo de su contexto propio y natural en que habían surgido [...] para identificarse con un heterogéneo grupo de reacciones sociales, e incluso de doctrinas políticas de corte autoritario, con lo que, consciente o inconscientemente, se estaba desnaturalizando en no pocas ocasiones el ámbito original de las reflexiones jakobsianas. (Polaino-Orts, 2007: 96)

Una respuesta de Jakobs a esas críticas fue el trabajo titulado “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (2003; Jakobs y Polaino Navarrete, 2006), donde el autor encontró como fundamento histórico-filosófico del Derecho penal del enemigo ideas vinculadas a la filosofía liberal europea. Y justamente en esta obra conviene detenerse, no solo porque allí ha dado importantes fundamentos de índole filosófica a sus ideas –que, como se sabe, esta cuestión determina siempre el desarrollo que le sigue–, sino que además por algunas aclaraciones puntuales que el autor resalta y que parece importante destacar.

Como se señaló, luego de sus primeras formulaciones, Jakobs efectuó un repaso sobre distintos

III. Fundamentos iusfilosóficos.

Análisis de autores contractualistas y su vinculación con los fundamentos del Derecho penal del enemigo

contractualistas, ya que precisamente en esas ideas encontró las raíces de su pensamiento. Como bien apunta Luis Gracia Martín, la consideración de determinados individuos como enemigos y la consecuente idea de excluirlos de la sociedad no son novedosas, sino que, por el contrario, sus raíces son antiguas, se puede verificar su permanencia a lo largo de la historia y hasta momentos recientes (Gracia Martín, 2005: 117).²

La idea central para contestar acerca de por qué es posible conectar autores contractualistas liberales con el pensamiento de Jakobs la ofrece el propio autor: para esos pensadores, la conformación del Estado nace a partir de un contrato, y aquellos que cometen un delito (aquí existen matices respecto de si se trata de todos o solo algún tipo de infracción, diferenciaciones que se atenderán más adelante) violan el contrato, y por lo tanto no podrían participar más en dicha relación contractual. En otros términos, podrán ser excluidos de la sociedad (Jakobs, 2003). Conforme el desarrollo de Jakobs, podría efectuarse una primera división entre los autores que consideran que toda violación a cualquier norma habilita la exclusión de los que no, y que por el contrario entienden que la exclusión solo procede frente a determinadas infracciones.

Con referencias a Rousseau y Fichte, Jakobs parte de la idea de que el sujeto puede perder el estatus o cualidad de ciudadano, tal como se ve a continuación.

Para Rousseau, aquel que comete un hecho ataca el derecho social, se pone en guerra con este, dejando así de ser parte del Estado, por lo que corresponde el pronunciamiento de una pena en su contra (Jakobs, 2007: 33; Gracia Martín, 2005: 123). Con la comisión del hecho y la transformación del autor en rebelde y traidor a la patria —de la que ya no puede formar parte—, como se dijo, se declara la guerra al Estado, de forma tal que no es posible la coexistencia de ambos, y así al dársele muerte se lo hace como enemigo antes que como ciudadano (Jakobs, 2003: 26; Gracia Martín, 2005: 123).

Para Fichte, por su parte, primeramente quien —voluntariamente o por imprevisión— lesiona el contrato ciudadano pierde sus derechos como tal y como ser humano, por lo tanto queda privado en forma total de sus derechos (Fichte en Gracia Martín, 2005: 124). Pero como el Estado tiene interés en conservar a sus ciudadanos, a la vez que estos poseen la expectativa de no ser privados en sus derechos, cabe reemplazar la exclusión del delincuente mediante un contrato de expiación, que permite justamente reemplazar la exclusión y pérdida total de derechos por otro tipo de pena, siempre que con ello pueda mantenerse (o sea compatible con) la seguridad pública (Gracia Martín, 2005: 125). Ahora bien, a la exclusión por la comisión de un hecho, y la posibilidad de expiación, sigue una excepción: los casos del reo por asesinato intencional y premeditado, para quien el contrato se encuentra vedado y por lo tanto “debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta” (p. 125). De aquí extrae Jakobs que para Fichte quien cometa un asesinato intencional y premeditado deberá ser declarado una cosa, “una pieza de ganado”, y consecuentemente no se le aplica una pena, sino solo un *instrumento de seguridad* (Jakobs y Polaino Navarrete, 2006: 27). Por ejemplo, cuando se reclusa sin límites temporales a una persona acusada de cometer un delito en una institución —no prisión— por padecer una enfermedad mental.

Jakobs no sigue la concepción de Rousseau y Fichte, ya que considera demasiado abstracta la tajante separación entre el derecho del ciudadano, y la respuesta dada/brindada al enemigo. Y es que, para Jakobs, en principio, el criminal debe mantenerse dentro del ámbito del Derecho por dos razones: por un lado, por la posibilidad de arreglarse con la sociedad, para lo cual debe

² Cabe aclarar que en esta obra, el profesor español no se limita a los autores relevados por Jakobs en la obra citada, sino que analiza otras posibles “raíces”, por ejemplo, aportes de Protágoras, del sofista del Anónimo de Jámblico, Tomás de Aquino, etc. A la vez, y si bien no será relevado en este trabajo, Gracia Martín (2005) efectúa un análisis crítico del Derecho penal del enemigo de Jakobs.

mantener su estatus de persona (ciudadano) y, por otro, por la obligación de reparación que posee, para la cual la personalidad es un presupuesto (p. 28).

En Hobbes se dan otros matices, ya que se diferencia de los autores aludidos, en tanto que para él no todo individuo que delinque es un enemigo (y por lo tanto lo conserva en su rol de ciudadano). De esta manera, esa posibilidad queda acotada a los delitos de rebelión o alta traición, y esto es así porque el individuo atenta abiertamente en contra del contrato y particularmente contra las instituciones, lo que no puede significar otra cosa que “una recaída en el estado de naturaleza [...] y aquellos que incurrir en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos” (Jakobs, 2003: 29).

La distinción que efectúa Hobbes entre aquellos a los que habrá de tratarse como ciudadanos de aquellos que deberán considerarse enemigos, y la consecuente fina delimitación de lo que podría llamarse Derecho penal del enemigo, lleva justamente a Gracia Martín (2005: 128-129) a sostener que es en este autor en quien puede observarse ya una anticipación del discurso de Jakobs. Y es que, para Hobbes, son individuos quienes se hallan aún en un estado de naturaleza, de forma tal que aquello que acarrear no sería otra cosa que lo que actualmente se denomina –y aclaramos nosotros, caracteriza al Derecho penal del enemigo de Jakobs– falta de seguridad cognitiva (Hobbes en Jakobs, 2003: 29).

En el pensamiento de Kant, como el problema se da en el paso del estado de naturaleza al estado estatal, toda persona puede obligar a otra a ingresar en una constitución ciudadana, y por lo tanto reserva la posibilidad de conducirse en forma coactiva (proceder de modo hostil) contra quien no se deja ingresar a la constitución ciudadana. El individuo que se halla en un estado de naturaleza priva a quienes sí se hallan bajo tal estatus de la seguridad necesaria por la ausencia de legalidad de su estado, constituyéndose así en una amenaza (Jakobs, 2003: 30-31).

Es entonces en los pensamientos de Hobbes y Kant donde existe una diferenciación entre un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente– y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio (p. 32), y donde pueden hallarse antecedentes serios (o más próximos) de la concepción que aquí se trata.

1. CONCEPTO

IV. Derecho penal del enemigo según Jakobs

Indagadas las raíces *iusfilosóficas* del Derecho penal del enemigo, cabe preguntarse ahora acerca de qué se trata. Antes que nada es un sector del ordenamiento jurídico que presenta determinados caracteres que se aplican en forma excepcional contra sujetos que atentan contra la vigencia del ordenamiento jurídico, quienes serán considerados “enemigos”. Como dice Pastor, enemigo es quien rechaza, en forma duradera y persistente, la legitimidad del orden jurídico, pretendiendo su destrucción (Pastor, 2012: 167). Por tales motivos, el legislador formula las normas que integran ese Derecho penal del enemigo en el entendimiento de que las conductas que persigue deben ser destinatarias de una represión especial, más agravada. En sus propias palabras:

El Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe Jakobs, un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que este considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho penal del ciudadano). (Polaino-Orts, 2007: 99)

Ahora bien, más allá de los caracteres propios que la legislación posea para ser calificada

como Derecho penal del enemigo, a los que haremos referencia más adelante, lo cierto es que el elemento distintivo, aquel que dará lugar justamente a la aplicación de aquella legislación excepcional, será la ausencia de seguridad cognitiva, esto es, la ausencia por parte del sujeto de “garantías” de que se comportará como persona (Polaino Navarrete, 2005: 85).

Cabe aclarar en este marco que Derecho penal del enemigo y del ciudadano no son tipos ideales, es decir que no se encuentran en estado puro en la realidad, sino que rasgos de uno y otro se entremezclan en ella, y así se aplicarán al enjuiciamiento de los individuos, claro está, en mayor o menor medida según sea el caso (Jakobs, 2003: 21). Por ello, en este sentido afirma que

aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio –Derecho penal del ciudadano– se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros –Derecho penal del enemigo–, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. (p. 21-22)

2. FUNCIONES DE LA PENA SEGÚN SE TRATE DE DERECHO PENAL DEL CIUDADANO O DEL ENEMIGO

2.1 La pena en el contexto del derecho penal del ciudadano

El derecho penal no cumple en la teoría de Jakobs la función de protección al bien jurídico, sobre esta posición tan extensamente admitida, efectúa una crítica en una doble dirección: por un lado, considera que el derecho penal “llega tarde” en la pretendida función de protección al bien jurídico, en tanto se pone en marcha una vez que aquel ya fue lesionado o puesto en peligro; y por otro, en tanto no es la lesión al bien jurídico el fundamento de la protección penal, ya que aquella puede provenir de un suceso natural. Es necesario delimitar en forma normativa la lesión para que se constituya en fundamento de interés para el derecho penal, generándose así un cambio de paradigma, de la protección del bien jurídico a la de la norma jurídico-penal: lo que debe protegerse es la norma (Polaino Navarrete, 2005: 90).

Para Jakobs, la pena no cumple fines preventivos, sino que, por el contrario, considera que su función consiste en garantizar la vigencia de la norma (Jakobs, 2001: 26) en un sistema vinculado con la idea de la comunicación. Él no niega la existencia de determinados bienes que suponen la idea de que los individuos no pueden lesionarlos, pero a la vez reconoce la existencia de ciertas instituciones positivas que caracterizan a la sociedad (por ejemplo, los padres con relación a sus hijos, los jueces por su deber de pronunciar sentencias justas, entre tantas otras) (p. 27). Por ello, la idea de bienes jurídicos no completaría ni agotaría la función del derecho penal, por el contrario, la sociedad debe ser representada en función a los roles de cada individuo, que pueden asumirlas o agotarlas (y no en función de la posesión de bienes): quien se comporte conforme a su rol, pese a que su conducta pueda ser causal de la lesión a un bien, no defraudará la expectativa que de él se tenga (p. 27-28).³

3 El rol quedará determinado justamente por los institutos de la imputación objetiva, así por ejemplo quien con su comportamiento quede dentro del riesgo permitido, permanecerá dentro del rol.

Las normas regulan las relaciones entre las personas en la estructura de la sociedad, por ello, para que la sociedad realmente exista, dice Jakobs (2001: 38-39) que sus normas deberán tener vigencia. Como, a su vez, la sociedad es comunicación y el delito constituye una desautorización de la norma –la negación de la estructura de la sociedad– la pena constituye la marginalización de esa negación y, por tanto, la confirmación de la estructura social (p. 40). Así Jakobs (2003)

concluye que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que garantiza la vigencia de la norma. Expresado con sus palabras:

Está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. (p. 23)

Así funciona la comunicación, cuyo mensaje estriba en la vigencia de la norma, aunque, vale la aclaración, en el contexto del Derecho penal del enemigo, como veremos inmediatamente, esto no es exactamente así.

2.2 La pena en el Derecho penal del enemigo

El fundamento de la pena difiere en el marco del Derecho penal del enemigo. Ya no se trata únicamente de la estabilización de las expectativas normativas de los individuos que componen la sociedad, esto es, que la pena ratifique la vigencia de una norma determinada, sino, antes bien, se funda en la especial peligrosidad del sujeto y la evitación de futuros riesgos. Dicho de otra forma, “la función de las mismas no es solo la estabilización de expectativas normativas sino primordialmente la eliminación de un peligro” (Polaino-Orts, 2007: 100).

Para concluir con Jakobs, mientras “el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias” (2003: 43). Esto último viene a evidenciar la coexistencia de ambos supuestos en la realidad: Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo.

En primer lugar, hay que recordar el elemento fundamental que determinará que nos encontremos frente al Derecho penal del enemigo o del ciudadano: la carencia o existencia de seguridad cognitiva por parte del sujeto.⁴ Como dice Jakobs:

El ámbito de lo personal retrocede a un segundo plano y el ámbito del enemigo se adelanta al primer plano cuando a la persona se le recortan sus derechos porque, al menos parcialmente, no se espera de ella una conducta futura adecuada a Derecho y además considerablemente duradera. (2011: 26)

De ello surge entonces que quien se compromete en forma más o menos confiable a llevar adelante una conducta que será fiel al derecho debe ser tratado como persona por este; y, a la inversa, a quien no lo haga se le privará de derechos, y por lo tanto no será tratado como persona (Jakobs, 2003: 30). Fidelidad al derecho y consistencia en esa decisión configurarán los presupuestos de tratamiento como persona al individuo.

Por lo tanto, cuando el individuo no ofrece seguridad cognitiva, entran a jugar a su respecto las reglas del Derecho penal del enemigo y, en consecuencia, su trato por coacción. Lo importante que se pretende señalar aquí es que esa coacción no es ilimitada, sino que quedará restringida en un doble sentido. Por un lado, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos

V. El enemigo. ¿Se lo priva totalmente de derechos por su condición? ¿Debería existir un límite a su tratamiento?

⁴ Seguridad cognitiva, se refiere a cierta expectativa en que los demás se comportaran conforme a la norma aunque para que se pueda esperar la fidelidad a la norma es necesaria cierta corroboración cognitiva (Jakobs, 2003: 37).

los derechos, y si bien será sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Por otro lado, no es necesario que el Estado haga todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, y ello debe darse con el fin de no cerrar la posibilidad de arribar a un posterior acuerdo de paz (2003: 33). El Derecho penal del enemigo, como dice Jakobs, debe quedar limitado a lo necesario (p. 40).

VI. Métodos o técnicas del Derecho penal del enemigo

Como la función del Derecho penal del enemigo se dirige hacia el futuro, en forma de aseguramiento y neutralización de peligros —en razón de la falta de seguridad cognitiva exhibida por el sujeto—, la reacción en concreto quedará evidenciada en la legislación, en “medidas tendentes a controlar o reducir tal peligrosidad” (Polaino Navarrete, 2005: 86).

1. ADELANTAMIENTO

Como dijéramos, el adelantamiento ha constituido en la postura de Jakobs un tema central, caracterizado por la punición de un evento con anterioridad a cómo opera respecto de supuestos normales (característicos del Derecho penal del ciudadano) (Polaino-Orts, 2007), produciéndose así un cambio de perspectiva del hecho pasado al hecho futuro, aún pendiente de producción (Polaino Navarrete, 2005).

Es importante aquí destacar que no estamos hablando de consumación ni mucho menos de la tentativa —aquellas situaciones en que existe un principio de ejecución y el resultado no se produce—, sino que la punición se produce antes, y por lo tanto distante de la lesión a un bien jurídico. Se trata de supuestos usualmente considerados como preparatorios, y en contexto de tipos penales de peligro —y dentro de estos, los abstractos—.

2. RESTRICCIÓN DE LA ESFERA DE LA LIBERTAD

Como el objeto del Derecho penal del enemigo está vinculado a la neutralización de fuentes o focos de peligro, se restringe la esfera de libertad del enemigo para mantener la seguridad colectiva (Polaino-Orts, 2007: 100).

No se dirá que la pena es retribución (porque para Jakobs no lo es), pero sí podemos decir que tiene vinculación con el hecho cometido (con la culpabilidad), a diferencia de la medida de seguridad y corrección que, si bien constituye una reacción legal por un hecho, pone el foco en la evitación de hechos futuros. Aquí se vislumbra, en palabras de Jakobs, que “la única finalidad de la custodia de seguridad es la prevención de ulteriores delitos por parte del custodiado”. (2011: 26-27)

3. FALTA DE REDUCCIÓN DE LA PENA

No existe en el marco del Derecho penal del enemigo una reducción de la pena acorde con la anticipación de la injerencia del poder punitivo (Polaino-Orts, 2007; Polaino Navarrete, 2005). Aquí puede efectuarse un parangón con la tentativa, prevista en nuestro derecho interno en el artículo 42 del Código Penal, que prevé una reducción de un tercio a la mitad del delito que se trate, razonablemente en virtud de que, si bien existe un desvalor de acción, no existe un completo desvalor de resultado —elemento este último que no se realiza—. Así, el adelantamiento se aleja aun en mayor medida de tal lesión, lo que llevaría a una necesaria (o al menos, lógica) reducción

VII. Palabras finales

de esa eventual pena, lo que, como se indicó, no sucede.

Lejos se encuentra de los motivos de este trabajo efectuar un análisis crítico o aun reflexiones acerca del Derecho penal del enemigo, sino que se trata, antes bien, de un aporte necesario o de una condición previa a tan importante y ambiciosa empresa.

Se ha procurado delimitar el concepto del Derecho penal del enemigo, haciendo referencia a su origen, desarrollo, fundamentación y caracteres para distinguir aquello que es de lo que no es, y excluir así interpretaciones y críticas tendenciosas. Ha quedado en evidencia, a su vez, que en función de la caracterización la ley vigente presenta, al menos en una pequeña proporción, rasgos que podrían identificarse con el Derecho penal del enemigo.

Bibliografía

Gracia Martín, L. (2005). *El Horizonte del Finalismo y el "Derecho Penal del Enemigo"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jakobs, Günther (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas. [Traducción y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá].

Jakobs, Günther (2001). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VII, N° 11, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Jakobs, Günther (2003). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. En Günther Jakobs y M. Cancio Meliá (2003). *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas

Jakobs, Günther (2011). En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo. *El derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro: Una respuesta desde el Estado de Derecho*, Resistencia (Chaco): Editorial ConTexto.

Jakobs, G y Cancio Meliá, M. (2003.) *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas.

Jakobs, G. y Polaino Navarrete, M. (2006). *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de Dogmática penal y Política criminal, Discursos de investidura como Profesores Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Tlaxcala* (México). Lima: Editorial Jurídica Grijley. [Laudatio a cargo de Carlos Daza Gómez].

Maier, Julio B. (comp.). (2009). *¿Tiene un futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pastor, D. R. (2009). El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. Julio B. Maier (comp.). *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pastor, D. R. (2012). *Tendencias. Hacia una aplicación imparcial del derecho penal* [cap. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional]. Buenos Aires: Hammurabi.

Polaino Navarrete, Miguel (2005). Funciones dogmáticas del Derecho penal y legitimación material

del sistema punitivo. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 26(79), pp. 47-76. Recuperado el 6 de abril de 2020 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312293.pdf>.

Polaino-Orts, M., (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Córdoba (España): Editorial Mediterránea. [Prólogo de Günther Jakobs].

Polaino-Orts, M. (2007). Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe? *Derecho penal del enemigo. Concepto jurídico-penal de acción en la dogmática contemporánea*. Córdoba (España): Editorial Mediterránea.

Ziffer, P. S. (2005). *El delito de asociación ilícita*. Buenos Aires: Ad-Hoc.