



DOI: <https://doi.org/10.23857/dc.v10i2.3882>

Ciencias Sociales y Políticas  
Artículo de Investigación

***Fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo***

***Dogmatic foundations and consequences for criminal law between person and enemy***

***Fundamentos dogmáticos e consequências para o direito penal entre pessoa e inimigo***

Katherine Tamara Tapia-Jurado <sup>I</sup>  
[katherinetapiaj@hotmail.com](mailto:katherinetapiaj@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0009-0009-7376-0442>

Silvio Eduardo Enríquez-Toala <sup>II</sup>  
[silvioenriquez@hotmail.com](mailto:silvioenriquez@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0009-0008-9391-3904>

Sergia Elizabeth Macías-Saltos <sup>III</sup>  
[maciasaltos09@hotmail.com](mailto:maciasaltos09@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0009-0007-7484-3763>

Andrea Yadira Unamuno-López <sup>IV</sup>  
[andreaunamuno@hotmail.com](mailto:andreaunamuno@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0009-0007-8120-6105>

**Correspondencia:** [katherinetapiaj@hotmail.com](mailto:katherinetapiaj@hotmail.com)

\***Recibido:** 27 de febrero de 2024 \***Aceptado:** 15 de marzo de 2024 \***Publicado:** 19 de abril de 2024

- I. Magíster en Derecho Constitucional, Abogado, Investigador Independiente, Ecuador.
- II. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Abogado, Investigador Independiente, Ecuador.
- III. Magíster en Derecho Procesal General, Abogado, Investigador Independiente, Ecuador.
- IV. Magíster en Derecho Constitucional, Abogado, Investigador Independiente, Ecuador.

## Resumen

El presente artículo tiene como finalidad el análisis de los fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo, la importancia de poder establecer con calidad cuáles fueron estas normas. El derecho penal del enemigo aún sigue absorto en niveles de inestabilidad conceptual frente a la decisión jurídica. Que entre el enemigo y la persona no hay relación de identidad/no-identidad. Así como esa problemática hermética no se resuelve por el concepto de enemigo, haciendo valer el retorno al concepto de persona como camino preferencial para un nuevo derecho de prevención. Un problema, todavía, que trae las asperezas de la paradoja entre seguridad y libertad individual, para autodescribir y auto comprender el derecho penal y el recrudecimiento de la represividad en el combate al enemigo.

**Palabras claves:** Fundamentos dogmáticos; derecho penal; derecho penal del enemigo; Derecho penal del ciudadano; decisión jurídica; libertad individual represividad.

## Abstract

The purpose of this article is to analyze the dogmatic foundations and consequences for criminal law between person and enemy, the importance of being able to establish with quality what these norms were. The criminal law of the enemy is still absorbed in levels of conceptual instability in the face of legal decision. That between the enemy and the person there is no identity/non-identity relationship. Just as this hermetic problem is not resolved by the concept of enemy, enforcing the return to the concept of person as a preferential path for a new right of prevention. A problem, still, that brings the harshness of the paradox between security and individual freedom, to self-describe and self-understand criminal law and the intensification of repressiveness in the fight against the enemy.

**Keywords:** Dogmatic foundations; criminal law; criminal law of the enemy; Citizen's criminal law; legal decision; individual freedom repressiveness.

## Resumo

O objetivo deste artigo é analisar os fundamentos dogmáticos e as consequências para o direito penal entre pessoa e inimigo, a importância de poder estabelecer com qualidade quais eram essas normas. O direito penal do inimigo ainda está absorvido em níveis de instabilidade conceitual diante da decisão jurídica. Que entre o inimigo e a pessoa não existe relação identidade/não identidade. Assim

como este problema hermético não é resolvido pelo conceito de inimigo, obrigando ao regresso ao conceito de pessoa como caminho preferencial para um novo direito de prevenção. Um problema, ainda, que traz a dureza do paradoxo entre segurança e liberdade individual, da autodescrição e da autocompreensão do direito penal e da intensificação da repressão no combate ao inimigo.

**Palavras-chave:** Fundamentos dogmáticos; direito Penal; direito penal do inimigo; Direito penal do cidadão; decisão jurídica; repressão da liberdade individual.

## Introducción

El derecho penal entre persona y enemigo debido al enfrentamiento por los diferentes conflictos que caracterizan cada caso en particular son situaciones cada vez más frecuentes en las organizaciones normativas, proponiendo al sistema jurídico un sentido estratégico característico de anticipación de la mediación penal o punitiva en las conductas que indican peligro a corto mediano y largo plazo al ciudadano común como también a la sociedad en general, manipulando el sentido de progreso de la represividad, pasadas por la persuasión confidencial de la intervención penal frente al enemigo.

Los nuevos estatutos del derecho penal y el discurso jurídico penal imperioso, no resiste a la deseada evolución de los sujetos del sentido calculado que despierta el juicio propio de la lucha contra el enemigo, ocasionando la irresolución y la tergiversación del conocimiento, lo que conlleva a la represividad penal, donde la mayoría de los expertos en materia que vienen en el trabajo como mediadores, carecen de una manera clara y precisa de los fundamentos dogmáticos y es por ello la importancia del tema de investigar y conocer a profundidad todo lo concerniente al problema, desde su sentido operacional lo verdadero y los falso en el derecho penal del enemigo .

El propósito fundamental de la investigación es conocer el fondo de la teoría para la construcción de la conciliación correccional relativa a la persona y al enemigo, conducidos a la interpretación con firmeza y equilibrio por las circunscripciones propias sistemáticas descriptivas, más propiamente en los modelos del análisis sociológica, debatida la barrera entre comunicación y persona, como se vendrá en varias oportunidades. Desde ese sentimiento se propone producir conocimiento sometiendo los sentimientos a criterios científicos de verdad/falsedad.

## **Desarrollo**

### **Derecho penal**

El Derecho Penal se ubica dentro del Derecho Público toda vez que el Estado interviene activamente en la solución de conflictos buscando preservar el orden y la paz públicos. Es el conjunto de normas jurídicas por medio de las cuales el Estado define las conductas u omisiones que constituyen delitos, así como las penas y/o medidas de seguridad para sancionar a quienes incurren en la comisión de esos delitos. También se dice que es el análisis precavido de leyes y una rama del derecho público que regula la potestad punitiva, es decir que regula la actividad criminal dentro de un Estado. El derecho penal asocia a la realización de determinadas conductas, llamadas comúnmente delitos, penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. Es una agrupación de normas que regulan los tres pilares del debido proceso, con la finalidad principal de la aplicación de las leyes de fondo, o derecho sustancial.

El primero de aquellos está constituido por lo que generalmente se le reconoce como código penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado, que establecen los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de las mismas.

### **Derecho penal del enemigo**

Pretende significar un conjunto de normas que, al correr la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas (Grosso, 2016).

### **El derecho penal entre persona y enemigo**

“Es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el status que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del status de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el "enemigo" es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.”. (Meliá M. C., 2023).

## Fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo

---

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del DPE, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. (Álvarez, 2022).

Las diferencias entre su visión del problema y la mía no se refieren tanto a la constatación de la realidad del fenómeno, sino están sobre todo en qué es lo que significa el diagnóstico realizado. De hecho, como puede observarse, respecto del concepto de Derecho penal del enemigo y se sitúa la cuestión en el marco más amplio de la teoría de la pena, precisamente desde la teoría de la prevención general positiva. (Meliá & Jakobs, 2023).

Según la tesis Jakobsiana, cuando a un individuo se le criminaliza por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo. (Valencia, 2016).

desde una perspectiva general, se podría decir que el Derecho Penal del Enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal Moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal que da lugar formalmente a una ampliación de los ámbitos de su intervención y materialmente a una flexibilización de los principios y garantías jurídico-penales del Estado Constitucional de Derecho; y que tiene como antecedente un grave problema social: la inseguridad ciudadana. (Palacios, dspace.ucuenca.edu.ec, 2016).

Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido sino por el hecho de considerarlo peligroso.<sup>1</sup>

Según Jakobs, ciertas personas, porque son enemigos de la sociedad (o estado), no tienen todas las protecciones y procedimientos penales que se dan a otras personas. Jakobs propone la distinción entre un derecho penal del ciudadano (Bürgerstrafrecht), que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un derecho penal para enemigos (Feindstrafrecht), orientado a combatir los peligros, y que permite que cualquier medio disponible sea utilizado para castigar estos enemigos.

Por lo tanto, el derecho penal del enemigo no constituye en sí mismo un corpus legislativo, sino que significa la suspensión de ciertas leyes, justificada por la necesidad de proteger la sociedad o el Estado contra determinados peligros. La mayoría de los estudiosos del derecho penal y de la filosofía del derecho se oponen al concepto de Feindstrafrecht. Günther Jakobs, a su vez, señala que sólo describe algo que ya existe, mientras que sus críticos dicen que asume una posición afirmativa en su publicación de 2004.

En esta publicación, Jakobs propone que cualquier persona que no respete las leyes y el orden legal de un Estado -o que pretenda destruirlos- debe perder todos los derechos como ciudadano y como ser humano y que el Estado debe permitir a esta persona sea perseguida por todos los medios disponibles. Esto significa, por ejemplo, que un terrorista que quiera subvertir las normas de la sociedad, un criminal que ignora las leyes y un miembro de la mafia que sólo respete las reglas de su clan, deberían ser designados como «no-personas» y ya no merecerían ser tratados como personas, sino como enemigos.

Jakobs justifica la necesidad de un derecho penal del enemigo filosóficamente, y se refiere a la teoría hobbesiana del contrato social y su interpretación por Immanuel Kant. Quien acaba con este contrato social mediante su deshonor, deja la sociedad y entra en el estado natural sin ley. De este modo, pierde sus derechos como persona y se convierte en un enemigo, y como tal, debe ser perseguido por la sociedad.

### **Legitimidad del Derecho Penal del Enemigo**

Jakobs en 1985 consideraba que en un Estado de libertades solo tiene cabida un derecho penal de ciudadanos.<sup>3</sup> Después del Congreso, el tema no fue tratado apenas durante algunos años, si bien Jakobs seguía publicando.

Cuando se produjeron los sucesos del 11 de septiembre y se declaró el Estado de guerra declarada, Jakobs se refirió a estos acontecimientos como un ejemplo de derecho penal del enemigo, pero ya no la consideró tan peyorativo.

Se habla por ello de un segundo Jakobs (1999/2003) que fundamenta la legitimidad del Derecho Penal del enemigo, en el derecho de los ciudadanos a la obtención de un mínimo de seguridad frente a quienes no cabe establecer cognitivas. Ahora bien, este segundo Jakobs insiste en que hay que mantener separados ambos ordenamientos jurídicos pues obedecen a dos lógicas distintas.

## **Garantía cognitiva**

Günther sostiene que hay que distinguir entre delincuentes que han cometido un error y aquellos que pueden destruir el ordenamiento jurídico. Los primeros son personas y deben ser tratados como tales, pues ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen esa seguridad cognitiva, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos.

## **Desarrollo del concepto de derecho penal del enemigo**

El concepto de derecho penal del enemigo se ha venido desarrollando desde entonces, bien para cuestionarlo y rechazarlo como contrario a un modelo de Estado democrático y de derecho, bien para justificarlo por quienes lo consideran filosóficamente bien fundamentado.

Se han propuesto diversas tesis, otras denominaciones y otros marcos como "el derecho penal de autor". Raúl Zaffaroni, aborda lo que ha sido el enemigo en la Historia del Derecho Penal y llega a la conclusión:

la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido lógica e históricamente, el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho.

Lo cierto es que los legisladores están produciendo normas que tienen la naturaleza del derecho penal del enemigo. Esto no lo dudan ni quienes las consideran conformes a los principios del Estado de Derecho ni quienes las consideran "estados de excepción no declarada".

## **Las principales diferencias dogmáticas entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano**

El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras que el derecho penal del enemigo combate peligros. Las diferencias dogmáticas surgen de la percepción que tendría el Estado frente al ciudadano que comete un delito, existiendo personas que cometen delitos de forma incidental sin ánimo de pretender derrumbar a la sociedad, en dónde lo que se castiga es el quebrantamiento de la norma, a esto se le denomina derecho penal del ciudadano, mientras que el Estado frente a

## Fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo

---

delinquentes que tienen por finalidad causar un grave daño a la comunidad, los considera como un “peligro”, convirtiéndose en un “enemigo”, y, por ende el Estado buscará combatirlo, de modo distinto. Otra diferencia es que, en el derecho penal del enemigo la punibilidad aumenta respecto del derecho penal del ciudadano, por cuanto las concepciones de “ciudadano” y “enemigo” acarrearán percepciones distintas, el “enemigo” será castigado con penas más graves, mientras que el ciudadano, recibirá un castigo por haber irrespetado las normas penales.

Como otro aspecto que distingue estos conceptos es que, en la dogmática penal, se ha establecido que el Estado busca aislar a aquellos individuos que se consideran como un peligro para la sociedad, es decir, “enemigos”, mientras que, en cuando se hace referencia a derecho penal del ciudadano, se castiga a la persona que ha incurrido en el quebrantamiento de una norma penal con una pena, concibiéndose la pena como un resultado del irrespeto del ordenamiento jurídico, por lo que, se procura la reinserción de este sujeto a la sociedad una vez cumplido su castigo.

### **La observación sociológica**

La observación sociológica en Luhmann es la descripción de un sistema social funcionalmente diferenciado. La observación elabora la identidad del sistema por la descripción del sentido resultante de las identidades puestas en diferenciación. Ella informa el sentido de la identidad internamente diferenciada y, simultáneamente, para construir el propio sentido determina el sentido de la no identidad que le caracteriza el ambiente. Entonces, la observación sociológica se torna esencial para comprender el sentido operacional del sistema, cómo él opera. En cuanto juicio descriptivo, la observación sociológica es también una diferenciación una operación, que simultáneamente devela en el proceso descriptivo el sentido de la operacionalidad con que se realiza el sistema. Es la observación sociológica que permite apurar el sentido operacional común a los sistemas auto poéticos auto referenciales, diferenciarse en relación a las modalidades tradicionales de representación en la teoría de los sistemas

Para observar el derecho es preciso sonarle las unidades semánticas de distintos órdenes que carga. Lo que realmente importa a la realización del derecho es la verificación de su contrario. Es decir, que el derecho afirme la propia identidad al comunicar su reacción, de tal forma que el derecho es también derecho por el no-derecho. Dimensionar la realización del derecho como auto posición de la propia identidad revela la calidad esencial de la reacción al no-derecho: su expresión no es exterior al

derecho, es dada por la referencialidad, es auto descriptiva y habla apenas del propio contenido para desautorizar lo que no le pertenece.

La observación sociológica de los conceptos de persona y enemigo será la resolución metodológica para describir el sentido operacional sugerido por los conceptos. La descripción permitirá evaluar la identidad semántica y la diferenciación funcional, más allá de viabilizar los límites de la autocomprensión de la capacidad operacional y complejidad del derecho penal frente a la sociedad.

### **La observación de la decisión**

El ingenio de la observación sociológica, como se tiene insistido em esa tesis, está en ofrecer mejores condiciones cognitivas para comprender y describir el sistema jurídico en su relación con los sistemas político y económico, a partir de la conceptualización de la decisión. Como se pretende demostrar supra, el análisis específico de la función del derecho de la sociedad, bien como el concepto de riesgo tienen alto potencial de rendimiento para las ideas penales. La capacidad de abstracción asimilada y desarrollada por la comunicación (comunicación como operación cognitiva auto observadora) en la teoría de los sistemas, sumada a la perspectiva de la dimensión temporal y a las estructuras de sentido ingeniosamente construidas, revelan el genio creativo del modelo sociológico. Como se demostró supra, son esas, en verdad, las condiciones necesarias para la diferenciación funcional en la sociedad altamente compleja. Aprehenderlas descriptivamente ya es una tarea bien exigente. Sin embargo, las intenciones asumen proporciones aún más delicadas al dedicarse a la conceptualización de la decisión, el proceso comunicativo constituyente del sentido de cada subsistema en su individualidad y del sistema en su globalidad.

### **El derecho de la sociedad**

De la misma forma que el sistema económico y también el sistema político, la diferenciación funcional del sistema jurídico presupone, simultáneamente, diferenciación intra-dinámica diferenciación interna e intersistémica diferenciación externa, sin que una prescinda de la otra. Todo lo que no pertenece al sistema se constituye en su entorno<sup>95</sup>. La diferenciación funcional del derecho recibe nuevos contornos a ser pensados en su forma específica de diferenciación: la diferenciación funcional de los tribunales. Otros parámetros de diferenciación funcional interna para el sistema jurídico no parecen soportar la complejidad de la sociedad. Las clásicas distinciones entre derecho

público y derecho privado, derecho del autor y derecho del hecho, incluso en la tradición romanística de res/persona/actio, o aún equivalentes funcionales no acompañan la complejidad semántica de la sociedad, ni fornecen al derecho códigos apropiados al cierre operativo que le asegure la capacidad de diferenciación funcional. Por tanto, comunicar una interpretación jurídica, someter las estructuras de sentido a las ideaciones y a la semántica particulares de las operaciones jurídicas, presupone decodificar la naturaleza de la decisión. El problema hermenéutico se presta al ejercicio de sucesión de interpretaciones hasta la interpretación final, que es la decisión; final, pero no la última, porque se deduce de la imposición de autoridad.

La sociedad moderna es altamente compleja. Y problemas de complejidad condicionan la perfectibilización de la diferenciación funcional, cuyos criterios de decidibilidad son tanto más específicos cuanto más se prestan a prestaciones sistema/entorno, tanto más operacionalmente enclausuradas cuanto mayor su involucramiento con la apertura cognitiva. La representación compleja de la sociedad diferencia centro de periferia<sup>106</sup> (no en el sentido griego, en el que el centro representaría unidad del sistema, o principio rector de la elevación de los individuos), sino que se orienta por la realización paradójica (Entfaltung der Paradoxie) del sistema y de la tensión de identidades cosechadas cognitivamente de la irritación centro/periferia.

### **La diferenciación del derecho**

La observación de la diferenciación funcional toma como presupuesto “la unidad (o la producción de la unidad) de la diferencia” y se caracteriza por la captación de niveles de abstracción aptos a determinar el sistema por los procedimientos. La procedimentalización que modela la diferenciación atraviesa un juicio de relevancia semántica para la constitución del sistema, es decir, no todo lo que se diferencia conviene a la construcción de los sistemas sociales. El resultado final del procedimiento es una identidad en contraposición a una no identidad. Significa que los procedimientos formuladores de la diferenciación deben responder al sentido operacional específico de los sistemas sociales y atender a la producción de recursividad en cadena semántico operacional. La diferenciación orientada en esos términos despierta la construcción, en relación de simultaneidad, de la unidad interna del sistema y también del ambiente que le ¿determina la forma? el entorno.

## **La función del derecho**

La operacionalidad propia que distingue la diferenciación funcional del derecho abarca dos momentos determinantes y esenciales al ingenio de Luhmann para la superación de las formas tradicionales de representación del fenómeno jurídico: por un lado, la elevada capacidad de abstracción; por otro la adquisición de dimensión temporal, con recurso a las expectativas normativas. La comprensión de la función específica del derecho no se da sin referencia a la escisión entre la identidad del derecho en cuanto tal y el ambiente que lo cerca. La especificidad es tomada en la medida de la diferenciación promovida por las normas jurídicas, forjando un sistema igualmente especializado y unitario. Las formas tradicionales de representación del derecho, antes ligadas a la cuestión del ser y deber-ser, ceden lugar a la observación de la diferenciación, de la evolución, y de la comunicación en el modelo sociológico luhmanniano. Eso imprime la diferencia del derecho en relación a los sistemas psíquicos o antropológicos, desconsiderando los meros juicios de probabilidad que se derivan de ellos, trabajando forzosamente con las limitadas referencias empírico-rationales del individuo o de la consciencia, demasiado insuficientes para crear el cuerpo teórico exigido por las demandas de control social.

## **Represividad y el sentido operacional de la intervención punitiva**

El sentido operacional indicado por la reacción penal revela niveles de inestabilidad normativa frente a la sociedad moderna. La pérdida de estabilidad deviene de modelos impropios de ecuación entre represividad e intervención punitiva. El discurso jurídico-penal tradicional se estrecha por una empedernida retórica, excesivamente elogiosa a la aplicación del así conocido garantismo penal, cuyo campo simbólico de formalización de libertades no reconoce las formas objetivas de existencia que disuelven los requisitos mínimos de seguridad de la sociedad. La observación sociológica del sentido operacional del derecho penal tiende a desmanchar las formas tradicionales de representación de la reacción penal y de los instrumentos de intervención punitiva a que recurre la legislación penal. Esa reacción penal tradicional no se muestra más capaz de elaborar equivalentes funcionales aptos a correlacionar antecedentes y consecuentes frente a la acción (jurídico-penalmente relevante), sobre la que se impone el proceso de atribución de responsabilidad. Consecuentemente, la reacción penal sufre déficit de comunicación al no encontrar parámetros de comprensión a una altura compatible de complejidad, atada a modelo de derecho anacrónico en relación a la dinámica de la sociedad. Esa

## Fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo

---

inestabilidad normativa, al lado de las deficiencias de represividad, imposible de acceder por la teoría dominante del derecho penal, abre espacio tanto para la exasperación punitivitas cuanto, para la retórica colocación de la última ratio, cada cual a su modo prejudicial a la construcción racional del sistema jurídico-penal. Con base en esa preocupación, la descomposición de las formas tradicionales de reacción penal pasa a ser reconstituida y asume el sentido de problema bajo recomendación de una observación sociológica. La incapacidad de comunicar los equivalentes funcionales de la acción que provoca la reacción penal marca el sentido del problema como inadecuación de la represividad.

La represividad debe cuidar en verdad de la creación de expectativas para producción del sentido jurídico vía comunicación de la decisión judicial. Parece valioso para una observación sociológica que esas expectativas sean concebidas en otro plano de observación: como “expectativa de la expectativa” (Erwartungserwartungen). Significa que la represividad es responsable por la comunicación de las interacciones simbólicas la reacción al ambiente, es el medio por el que el derecho facilitaría la observancia de las expectativas, viabilizando la selección de expectativas de comportamiento. La selección de esas expectativas se orienta por la comunicación de la solución del conflicto con la variación menos deseable de perturbación social. La represividad y la selección de expectativas de comportamiento se operan por la necesidad de control y estabilización que el sistema demanda en relación a sí mismo. Control y estabilización del sistema son las contraseñas para llegar al conocimiento de la inteligencia de la comunicación de la represividad, selectividad y juicio de necesidad de reacción.

**La represividad** consiste en comunicar lo que escapa al contenido referencial del derecho, lo que no carga sentido propio a la identidad semántica del sistema jurídico, cuyo movimiento, de la represividad, se realiza en ese movimiento operacional y por esa referencialidad se permite orientar.

### **Riesgo, seguridad y peligro**

Se suele considerar la seguridad como contrapunto del concepto de riesgo. Eso proviene del discurso retórico-político: “una actividad arriesgada despierta en nuestros corazones el valor de la seguridad. Esa implicación entre riesgo y seguridad sugiere la decisión entre alternativas arriesgadas o seguras, sin que, necesariamente, e independiente de circunstancias, exijan una decisión. La distinción no resiste a la demostración de su realizabilidad. El calificativo “seguro” se revela solamente como “apariencia de seguridad”; en verdad, el proceso semántico presupone “doble-seguridad”, la

seguridad en sí (o su apariencia) y “otra seguridad”, que se ocupa de las eventuales posibilidades de realización del riesgo. O sea, la “alternativa segura” no se muestra efectivamente segura.

### **Resumen y delimitación de la hipótesis de trabajo**

La orientación sociológica enseña el derecho a elaborar soluciones a los problemas, transmitiéndole el instrumental teórico necesario para dimensionar la auto-comprensión y el lugar del derecho de la sociedad. La observación sociológica define el alcance de la complejidad de la comunicación de la decisión jurídica y le atesta la capacidad de mayor o menor estabilización normativa. El anacronismo de la tradición liberal y la pérdida de la identidad histórica frente al grado de desarrollo de la sociedad exponen las contradicciones del sistema jurídico-penal. Ese es un reclamo que da nuevo fólgo a la discusión sobre la función del derecho penal, paralelamente al estado evolutivo incorporado por la expansión de las potencialidades humanas y relativamente al sentido social reflejado por la facticidad estructural de la sociedad. Las ideas penales tradicionales padecen, luego, de infracomplejidad y la investigación del modelo de Jakobs es más una búsqueda por la funcionalidad del derecho penal. ¿Si el criterio que vale es mismo el de la manipulación técnica del sistema jurídico para comunicar decisión, cuáles son los parámetros de comprensión de ese sentido operacional que permiten formular la represividad? ¿Es posible que los conceptos de persona y enemigo puedan sugerir soluciones regulatorias a la paradoja de la intervención punitiva? La resolución metodológica de la observación sociológica viene para hacer la descripción del sentido operacional sugerido por los conceptos de persona y enemigo y descubrir la identidad semántica y la diferenciación funcional del modelo de Jakobs. El fruto más profícuo de esa observación sociológica del sentido operacional de los conceptos de persona y enemigo puede ser la propuesta de un modelo jurídico-penal en niveles preferenciales de 94 estabilización normativa, más afecto a la dinámica de la sociedad, un modelo cuya consecuencia sería estimular nuevos caminos de comprensión de la paradoja entre seguridad y libertades individuales. Como auto explicación que reconoce los propios límites de la investigación, la aprehensión del sentido como categoría central de la observación sociológica colige las posibilidades de problematización y elaboración funcional de la operacionalidad del sistema jurídico, viabilizando la reflexión sobre la variación, congruencia y estabilidad de la represividad comunicada. Los conceptos de persona y enemigo son trazados al repertorio por medio de lo que se produce y reproduce el derecho, de tal forma que la restricción de análisis de objeto quiere saber que finalidades de la pena

y la mayor o menor perversión de las funciones del derecho penal, si de hecho la problemática persona/enemigo ofrece llaves de resolución de la paradoja seguridad/libertad y para llenar el hiato de la represividad penal.

## Conclusión

El derecho penal del enemigo aún sigue absorto en niveles de inestabilidad conceptual frente a la decisión jurídica. Que entre el enemigo y la persona no hay relación de identidad/no-identidad. Así como esa problemática sibilina no se resuelve por el concepto de enemigo, haciendo valer el retorno al concepto de persona como camino preferencial para un “nuevo derecho de prevención”. El problema parece incluso ser la inconsistencia operacional del concepto de enemigo, cuya validación de sentido indica niveles de perversión de la función propia al derecho penal, sin mencionar la insostenible ambigüedad y vaguedad del concepto cuando operacionalizado en el comportamiento decisorio en materia penal. Un problema, todavía, que trae las asperezas de la paradoja entre seguridad y libertad individual, para auto-describir y auto-comprender el derecho penal y el recrudescimiento de la represividad en el combate al enemigo.

Interpretado el concepto de enemigo como la salida teórica para la consolidación del modelo normativista que rompe toda la representación secular de las ideas penales, la estrategia podría encontrar mayor éxito si se limita a la fundamentación del concepto de persona como centro de imputación y atribución de responsabilidad y atracción de sentido operacional del derecho penal para prevención de peligros futuros. La recomposición del concepto de persona es la llave para reconfigurar las posibilidades jurídico-penales de prevención, con acento en el combate al terror. La crudeza de las inflexiones en el campo de las repercusiones es consecuencia de la perspectiva meramente indiciaria del discurso del enemigo en materia penal, porque la comprensión del problema no alcanza reflexiones más allá juego retórico y parece no superar el sentido normativo sugerido por la manipulación de las estructuras del derecho penal del enemigo. En lugar de la elocuencia, es preferible reposicionar al sujeto y las posibilidades de su protección en el plano de las instituciones.

## Referencias

1. Álvarez, R. R. (2022). El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a luz de algunos defensores y detractores. *Dialnet*, 150. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975800>
2. Bucheli, M. E. (2015). *Derecho ecuador*.
3. Córdova, A. C. (2015). *El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano*. . Universidad Andina Simón Bolívar, 11.
4. Jackobs, G., & Cancio, M. (2023). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
5. Marcena, M. (2022). *¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO?* UNAM.
6. Meliá, M. C. (2023). "Derecho penal del enemigo". En M. C. Meliá, *Derecho penal del enemigo* (pág. 32). Madrid: Civitas.
7. Meliá, M. C., & Jakobs, G. (2023). *Derecho penal*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L. .
8. Moreno, D. P. (2016). <http://dspace.ucuenca.edu.ec/>. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/23318>
9. Moreno, L. R. (2014). *La bipolaridad del derecho penal*. Quito: Cevallos.
10. Palacios, D. (2016). [dspace.ucuenca.edu.ec](http://dspace.ucuenca.edu.ec/). Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23318/1/TESIS.pdf>
11. Palacios, D. (2016). *Universidad de Cuenca Repositorio Institucional*. Obtenido de *Universidad de Cuenca Repositorio Institucional*: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/23318>
12. Paquel, A. Z. (2015). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*. Guayaquil: Murillo .
13. Pasquel, A. Z. (2017). *Derecho Penal Parte General*. . Guayaquil: Murillo .
14. POLAINO-ORTS, M. (2019). *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Huánuco: Grijley .
15. RODRIGUEZ, F. (2014). *La Bipolaridad del Derecho Penal*. Quito: Cevallos.
16. ROSSEAU, J.-J. (2021). *El Contrato Social*. Obtenido de [elaleph.com](http://elaleph.com). 565 Vol. 7, núm. 4, Diciembre Especial 2021, pp. 547-565 Manuel Alejandro Romero Recalde, Ronald Alejandro Torres Iglesias, Armando Rogelio Durán Ocampo Dom. Cien., ISSN: 2477-8818 Vol. 7, núm.

- 4, Diciembre Especial 2021, pp. 547-565 Derecho Penal del Enemigo Vs Derecho Penal del Ciudadano en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano
17. Valencia, Y. P. (2016). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Internacional. . Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 22.
18. JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 43 – 49
19. Leiva, Núñez; Ignacio, José (2009-12). «Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario». Política criminal 4 (8): 383-407. ISSN 0718-3399. doi:10.4067/S0718-33992009000200003. Consultado el 9 de febrero de 2023.
1. 20.- Jakobs, G. (1995). Derecho Penal, Parte General. Madrid: Edit. Marcial Pons. p. 44
20. Gómez Martín, Víctor (2007). El Derecho Penal de autor. Tirant lo blanch. pp. 268.a 279. ISBN 978-84-8456-866-7.
21. Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2016). «Manuel». Derecho Penal del enemigo (Thomson,Civitas,Cuadernos Civitas): 47 y 48. ISBN 84-470-2536-5.
22. Zaffaroni, E.Raúl (2016). El Derecho Penal del enemigo. Dykinson. ISBN 978-84-9772-973-4.
23. Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Carlos (2016). Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol I y II. Edifoser SL. ISBN 84-9261-28-X |isbn= incorrecto (ayuda). |autor= y |apellidos= redundantes (ayuda)
24. Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2016). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. pp. 68-69. ISBN 84-470-2536-5.
25. Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2016). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. ISBN 84-470-2536-5. Günther, Jakobs; Cancio Meliá (2006). Derecho Penal del enemigo. Thomson-Civitas. pp. 71-72. ISBN 84-470-2536-5. «Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos». Consultado el 11 - 12 - 2015. «Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada». Archivado desde el original el 1 de agosto de 2010. Consultado el 11 - 12 - 2015.

## Fundamentos dogmáticos y consecuencias para el derecho penal entre persona y enemigo

---

©2024 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).