

Ensayo

¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?

Criminal Law for the Enemy or the final solution of the delinquency problem?

*Gonzalo Rodrigo Paz-Mahecha**

Este trabajo pretende rebatir algunas de las tesis defendidas por Jakobs. Por ello, y para una mejor comprensión, la exposición se divide en cinco secciones: Introducción; 1. Jakobs y el Derecho penal; 2. Jakobs y el Derecho penal del enemigo; 3. Jakobs, las garantías procesales y la tortura; y 4. Reflexiones finales.

Introducción

Entre todas las disciplinas jurídicas, la que muestra un vínculo más evidente y, en la mayoría de las ocasiones, perverso, con la política es indiscutiblemente el derecho penal. En relación al tema es posible distinguir una doble tendencia: la primera, considera que el derecho penal es expresión política, por cuanto su finalidad fundamental en el Estado de derecho es la contención del poder punitivo, la aplicación segura y calculable de la ley penal, para utilizar una conocida frase de Gimbernat Ordeig. Es esta, una posición que navega en la ilusión de que es posible un derecho penal para la democracia, fundado en el respeto hacia los derechos humanos. Sus pretensiones son, por excelencia, normativas, pues la realidad de los fenómenos políticos y sociales muestra un derecho penal vinculado a una dimensión siniestra de lo político.

Por otro lado, una segunda tendencia es aquella que parte de la realidad de la sociedad, para considerar que el derecho penal no funciona como un sistema de garantías, sino como un escenario propicio a la construcción de modelos autoritarios de aplicación de la ley penal, ligados a la defensa de ciertos intereses que, por lo general, corresponden a lo que es conveniente o no para el Estado o para otros grupos de poder, especialmente, los grupos que detentan un evidente poder económico.

Si se analiza lo que ocurre en las sociedades contemporáneas, se llega a la conclusión de que el debate sobre el derecho penal, que tenemos con nosotros, debe abandonar la orilla de la ilusión en la que se ha situado mediante la reiteración del discurso dogmático

* Abogado egresado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Penal de la misma universidad y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá. Director de la Especialización y La Maestría en Derecho Penal de la USC. Correo electrónico: gopaz2007@hotmail.com

y normativo, pues este nos ha impedido observar las sombras más allá de la luz. Así, es claro que la pretensión de seguridad jurídica y de protección del ser humano que, tradicionalmente, se ha asignado a las denominadas “ciencias penales”, no pasan de ser sino espejos que tratan de esconder una inocultable realidad: el derecho penal es un instrumento de la política, contaminado por los intereses en los cuales navega esta.

La realidad en la que ha surgido el derecho penal es una realidad dividida: por un lado, la realidad virtual o de un sistema penal llamado a satisfacer los deseos de quienes están convencidos de la posibilidad de alcanzar un Estado caracterizado por un sistema penal que protege a la sociedad y a los infractores de la ley penal, garantizándoles unos derechos mínimos que aseguran la dignidad humana. Y, por otro, la realidad que suele pasar desapercibida, esto es, la naturaleza, políticamente instrumental del derecho penal. Muñoz Conde, precisa que “La existencia de un ‘Derecho penal de enemigo’, con este o con otro nombre no es un invento del Sr. Jakobs, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante, que amenaza con extenderse como un huracán, favorecido por el viento del miedo y la inseguridad ciudadana...” (2005, p. 19). Sin embargo, a Jakobs hay que abonarle el mérito de haber acuñado una temeraria frase que, por su tono alborotador, concitó la atención de los penalistas. La sola inclusión del término *enemigo*, como bien apunta Gracia Martín (2005, p. 93), suscita prejuicios y precauciones motivado por su indudable carga ideológica y emocional; expresión que ha sido utilizada por las dictaduras más oprobiosas para etiquetar a los opositores y a los discrepantes, a quienes se persigue con legislaciones de guerra.

Cancio Meliá sostiene que, el análisis de la expansión del derecho penal debe tener en cuenta, como punto de partida, el hecho de que la actividad del legislador, en las últimas décadas, se ha orientado a la configuración de tipos penales que suponen la anticipación de las barreras clásicas de protección a bienes jurídicos, es decir, la criminalización del “estadio previo a lesiones de bienes jurídicos” (Cancio, M., 2003, p. 64). Esta anticipación de las fronteras de tutela de bienes jurídicos, hace posible la construcción de un derecho penal de enemigo, cuya esencia “supone que no es sólo un determinado hecho lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complejidades ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal” (Cancio, M., 2003, pp. 88-89).

Por adelantado, digamos con Muñoz Conde que “Nadie niega, pues, la existencia del ‘Derecho penal del enemigo’, lo que se cuestiona es si este es o no compatible con el sistema del Estado de Derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales” (2005, p. 19). Precisamente Muñoz Conde, citado por Cancio Meliá, destaca cómo “...en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta

el gran eco de la teoría de Jakobs en América Latina, es necesario subrayar que esa aproximación teórica no es “ideológicamente inocente” precisamente en países, como Colombia en los que ese Derecho penal del enemigo es practicado” (Cancio, M., 2002, p. 92).¹ Esta práctica la describe Alejandro Aponte así: “como característica general de las legislaciones colombianas, ligadas a la emergencia, no se sabe dónde poner las normas dentro del Código o de los estatutos normativos; nunca se sabe qué bien jurídico es protegido o se debe proteger; no se sabe exactamente qué se pretende proteger. Se dictan normas, se hace referencia general a diversos problemas de violencia que supuestamente deberían ser combatidos por ella, que rigen por un tiempo determinado, luego se quedan amarradas a la legislación penal ordinaria y son acomodadas en diversos títulos o capítulos por similitud con las conductas reguladas o por simple decisión de los operadores del sistema” (Aponte, C., A., 2006, p. 324).

1. Jakobs y el Derecho Penal

El “Derecho penal del enemigo” está íntimamente ligado a su concepción de la contribución del Derecho Penal en la configuración social y estatal por lo que se hará una referencia breve a algunos aspectos.

Una primera observación tiene que ver con la postura que asume este autor en relación con la teoría del bien jurídico, respecto de la cual la inmensa mayoría de la doctrina ha postulado que ha sido útil en el entendido de constituir una limitante al poder de intervención del poder punitivo en la esfera privada del hombre. En esta orilla del pensamiento, podemos ubicar a Zaffaroni (2000, p. 463), Roxin (2007, p. 443) y Mir Puig (1994, p. 159). Sin embargo, algunos autores, entre ellos Jakobs, han criticado esta corriente de pensamiento por considerarla incorrecta o imposible.

Dice Jakobs que “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado” (1995, p. 44). Con este argumento, se legitima cualquier tipo de Estado por despótico o autoritario que sea, pues se trata, sencillamente, del mantenimiento de la forma del Estado. Así, se pretende justificar normas cuya finalidad resulta ser la autoprotección del poder y no la protección del ciudadano; en fin, serviría para lo uno o para lo otro, pero dudamos que sirva para lo último. Se privilegia al Estado al colocar

¹ El autor se refería al Decreto 1900 de 2002 “por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones.”, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-939-02. Otro ejemplo de este Derecho penal del enemigo es el tipo penal de concierto para delinquir (art. 340 del C. Penal) que, en Colombia, es utilizado en esta dirección e históricamente ha sido manipulado con alto rendimiento político, especialmente en los estados de excepción.

al individuo a su servicio, pues no de otra manera se entiende que en ese mundo de “expectativas” y “decepciones” resulte reafirmada la validez fáctica de las normas. Se trata, según Muñoz Conde, de “una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa” (2005, p. 70). El Derecho Penal no determina el tipo de Estado y sociedad concebidos en un momento dado de la historia; por el contrario, el modelo de Estado y sociedad determinan el sistema represivo de Derecho Penal. Así, un Estado social y democrático de derecho se propondrá límites fomentando un Derecho Penal regido por la protección de bienes jurídicos en cuanto resulten ser necesarios para la convivencia pacífica y creará las condiciones para consolidar una democracia real; mientras que un Estado autoritario, tiránico o dictatorial, expedirá normas de autoprotección de su propio poder –seguridad nacional, conservación de la pureza racial o del honor nacional, etcétera.

Una segunda consideración tiene que ver con la pena a la que Jakobs le atribuye una función preventiva general, de carácter positivo o de integración, la cual confirma la validez de la norma, al igual que sirve para ejercer sobre los ciudadanos la necesidad de la fidelidad al derecho. La culpabilidad no depende del obrar de uno u otro modo sino de lo que se necesite para que los demás sigan siendo fieles al derecho. Se trata de que el sistema sea funcional y así se instrumentaliza al hombre llegando hasta el extremo de un Derecho Penal de autor.

La tercera y última consideración tiene que ver con el fundamento de la responsabilidad penal, la cual radica en el quebrantamiento de un rol –general y especial– que se tiene dentro de la sociedad, por lo que existen dos clases de delitos: delitos de organización y de infracción de deber. Para el funcionalismo radical de Jakobs, en los delitos de acción y de omisión existe una posición de garante, en razón a que la finalidad de la imputación es precisar si el hecho se encuentra dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto, pues solo está obligado a realizar aquello que se encuadra dentro de su rol. Quien no cumple con esos roles es considerado no persona y se le debe combatir como enemigo.

Finalmente, el Derecho Penal que queramos depende también del modelo de Estado que estemos dispuestos a construir.

2. Jakobs y el Derecho Penal del enemigo

La utilización del término “enemigo” para señalar a alguna clase de delincuentes, así como la elaboración de un discurso que permitiría excluirlos de la sociedad no es asunto contemporáneo. Por el contrario, tal como lo demuestran Zaffaroni (2006, p. 43) y Gracia Martín (2005, p.117), el término “enemigo” ha estado presente en los discursos

jurídico penales, iusfilosóficos y teórico-políticos, siendo un asunto muy antiguo que ha permanecido hasta nuestros días.

El sistema que plantea el más destacado representante del funcionalismo en la dogmática jurídico-penal, consiste en atribuir a ciertos individuos la condición de “enemigos” del sistema social, en razón a que por sus actitudes se han apartado del Derecho; por lo tanto, deben ser considerados como no personas, dando lugar a dos tipos o clases de Derecho Penal: un Derecho Penal ordinario o 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. Jakobs parte y esto es definitivo, de un concepto normativo de persona el cual es un producto social, mientras que el ser humano es el resultado de procesos naturales. Lo que define a la persona es el obrar vinculado al deber o por una obligación –roles–, por lo que aquellos individuos que no obren de ese modo deben ser excluidos del concepto de persona y el Estado no puede ni debe tratarlos como tales.

En 1999, el profesor alemán, presentó una ponencia en un congreso celebrado en Berlín sobre “La ciencia alemana del Derecho penal ante el cambio de milenio, Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro”. El título de su ponencia fue “La ciencia penal ante los retos del futuro” y en ella, expuso las características de su Derecho Penal de enemigos así:

Particularidades típicas del derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (pgfos. 129, 129 a Código Penal alemán) o del cultivo de narcóticos por parte de bandas organizadas (pgfos. 30 I 1, 31 I 1 Ley de Narcóticos); 2) falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto cuando se aplica la aminoración de la tentativa (pgfos. 129II, 211 I, 49 I 1 Código penal alemán) y en su mayoría sobrepasa ostensiblemente a las penas reducidas por tentativa previstas en los otros delitos de asociaciones terroristas mencionados; 3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también con alguna pérdida de contornos –delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como -abovedando todo- la delincuencia en general; 4) supresión de garantías procesales, constituyendo entre tanto la incomunicación del procesado (pgfos. 31 y ss. Ley de introducción a la Ley sobre la Constitución Judicial) el ejemplo clásico...(Jakobs, G., 2004, p. 58).

El planteamiento es claro y cínico, en cuanto que el Derecho Penal debe convertirse en una legislación de lucha que criminalice los actos preparatorios y aplique penas excesivas, no por hechos cometidos –derecho penal de acto– sino por hechos que se van a producir, ¿cuáles?, no lo sabemos y esto en relación a algunas personas que no brindan seguridad cognitiva en su comportamiento personal, es decir son peligrosas –derecho penal de autor–; pero para que esto sea viable hay que recurrir a la supresión de garantías procesales, entre ellas la incomunicación del procesado y hasta la tortura.

Lo que Jakobs pretende legitimar es una legislación bélica, mediante la cual el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, adelantando la punibilidad, aumentando las penas y suprimiendo garantías procesales (Jakobs, G., 2004, p. 58). Dice que enemigos son “quienes de una forma presuntamente duradera, han abandonado el derecho” y “la delincuencia en general”. Este régimen, cuya denominación correcta es terrorismo de Estado con el que se amenaza a los ciudadanos, está fundado en la sospecha, en la conjetura, en la presunción, en lo hipotético, es decir, en lo absurdo; en fin, en lo que se le antoje a quien detente el poder, pues, es este el que, finalmente, escoge y selecciona a sus enemigos para autoprotgerse.

Pero no se muestra muy seguro de su “descubrimiento” y pone en duda sus resultados, pues su propia mentalidad dilemática, característica de todos los dogmáticos y expositores de las certezas sociales, verbigracia, los artífices del Nacional-socialismo alemán, le impide siquiera cuestionarse y advierte que “Si todo no induce a error, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar” (Jakobs, G., 2004, p. 59).

Las opiniones proferidas por Jakobs, parten de un supuesto contextual y con relación a él establecen unas ideas rectoras:

Primero, construye una dicotomía, amigo-enemigo, que se atiene a la postura que cada actor asuma frente al Estado, símbolo este de los mayores logros y aspiraciones de la sociedad. Para que el Estado haga prevalecer su presencia y así asegure la armonía social, la cual no es fruto de consensos poblacionales sino de obedecer las instituciones creadas, debe reducir en número y en capacidad a sus disidentes, en este caso, sus adversarios o enemigos.

El temor de que estos aumenten está en proporción directa con la debilidad del Estado, en un ejercicio de permanente retroalimentación o reciprocidad. La advertencia de su aumento –el de los enemigos del Estado–, está señalada por situaciones que socavan sus cimientos, las cuales residen en cuatro hechos precisos:

1. Pérdida del respaldo religioso, dado ello por dos manifestaciones: la primera, por la diáspora o multiplicación de los cultos, que evita la consolidación de un fuerte grupo religioso para soportar al Estado y la segunda, un acento pagano revestido

como Iglesia que se interesa por las cosas mundanas, eventualidad que finalmente genera una feligresía más formal que cierta.

2. La crisis de la familia, fenómeno que el siquiatra inglés David Cooper, exacerba hasta la muerte de esa entidad social. La familia es, en muchas ocasiones y Estados, reemplazada paulatinamente por la aparición de las tribus urbanas, galladas, parches, grupos, bandas, maras, entre otras.
3. Fenómenos ligados a la globalidad y la pluralidad cultural hacen de la nacionalidad un hecho incidental; la nacionalidad como expresión de Estado —soy colombiano, argentino, francés— es sustituida por la nacionalidad como factor de cultura —los tibetanos en china, los pueblos indígenas en las naciones de América, los kosovares en la antigua Yugoslavia—

La ausencia de esos “respaldos” en virtud de sus propias crisis —de familia, religión y nación— hace que se debiliten los lazos de cohesión social y, por ende, su articulación al poder, es decir, al Estado, lazos que deben ser entendidos como viejos referentes o paradigmas de homogeneidad y consolidación imaginaria y grupal.

El asunto es más claro si lo consideramos en el terreno cultural. La cultura es una manera reiterada de hacer memoria histórica. Es, sin duda, el influjo mayor del hombre sobre el hombre. Ella es un inventario de recuerdos ancestrales, usos repetidos, objetos y símbolos de determinación social. En tal sentido, enseña Jacob Bronowski, el hombre más que territorios, habita culturas.

Desde cada cultura, los hombres y los grupos que la viven confrontan con el poder de sus costumbres y normas éticas, la órbita general del Derecho que, estacionado en el Estado —al que legitima y quien igualmente lo hace aplicable— informa el todo social y no a un fragmento, en este caso de pequeña nación o de etnia.

Es frente ante tamaña amenaza capital que el Derecho no se consensua, no se pacta, se impone con la razón de Estado. Fue lo que hizo la dinastía de los capetos y condensó Luis XIV en la afamada expresión de “El Estado soy yo”; fue lo que hizo el régimen franquista para acallar los reclamos particulares de vascos, catalanes, gallegos y andaluces; es lo perpetrado por Bush para justificar su lucha contra los talibanes y su decisión de aplastar la causa palestina, es lo que actualmente hace el gobierno central de Beijing para negar la autonomía a la zona tibetana.

Las causas que atribuye Jakobs al posible fracaso de su peligrosa propuesta, es decir, al hecho de que el número de enemigos no disminuya sino que aumente, que solo es posible ubicarlas en la nostalgia de un régimen que pretendió abarcarlo todo: el Nacional-socialismo. Ese pesimismo nostálgico aspira resolverlo con un pseudo Estado de derecho, en donde la universalidad de los derechos fundamentales sea un mero espejismo.

En un nuevo trabajo justifica la existencia de un Derecho Penal del enemigo, pues, ante hechos delictivos que provocan simplemente tedio se puede hablar de un *Derecho* penal del ciudadano; pero frente a otros hechos, como el terrorismo, la reacción del Estado incluye la defensa frente a riesgos futuros. En el primer caso, el autor es tratado como persona, mientras que los segundos deben ser considerados como una fuente de peligro, a través del cual se intimida a otros (Jakobs, G., 2003, p. 27).

El mencionado autor acude a la teoría política, se aparta de las concepciones de Rousseau y Fichte; se apoya en Hobbes y Kant y sus modelos contractualistas, en la fundamentación y limitación del poder; destaca cómo estos autores reconocen un Derecho penal del ciudadano para personas que no delinquen de manera habitual y un Derecho penal del enemigo para quienes se desvían por principio. Los primeros conservan el status de persona, mientras que los segundos quedan excluidos como personas. Por tanto, “Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica” (Jakobs, G., 2003, p. 32).

El carácter político y peligroso de la tesis de Jakobs se condensa en sus afirmaciones kantianas, según las cuales “...un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esta determinación” (Jakobs, G., 2003, pp. 40-41). Si los enemigos son los vencidos en la guerra, por lo general los débiles, los colonizados, los invadidos, los conquistados, las víctimas del genocidio colonialista, las víctimas del brutal racismo genocida en Alemania, etcétera, no tienen alternativa distinta a someterse a las normas impuestas por el vencedor. ¿Quiénes entonces son los enemigos?, ¿quién decide quiénes son los enemigos? Pues, según este autor, los vencedores tienen la decisión política de definir quiénes son los enemigos. Así, los nazis que empezaron ganando la guerra con sus campañas de ocupación, como vencedores impusieron sus normas a través de legislaciones que desarrollaron las técnicas genocidas.² ¿Es a estas normas, impuestas por quien gana la guerra, a las que debe someterse el perdedor?³

² Véase nuestro trabajo *Genocidio. Documentos históricos*. Disponible en: www.fundación-raoullwallenberg.org En especial puede consultarse el artículo *Técnicas de genocidio en varios campos (1944)* de Rafael Lemkin. Traducción de: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha.

³ Véase *El Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada*, de. Rafael Lemkin, publicado por la Fundación Carnegie para la paz, en 1944 y 2005. El título en inglés es *Axis Rule in Occupied Europe*. El autor realizó una compilación de las leyes de ocupación, en todos los órdenes, promulgadas por el régimen nazi.

En un magnífico ensayo, Zaffaroni demuestra que “El enemigo no viene *ónticamente impuesto*, no es un dato de hecho que se impone al derecho, sino que es *políticamente señalado*”(Zaffaroni, 2006, p. 186). La búsqueda de ese enemigo, por ser un individuo peligroso, se justifica por la necesidad de contenerlo y sacarlo de circulación; pero el mismo Zaffaroni advierte cómo siempre se invoca una necesidad que no conoce leyes ni límites: “La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque los establece el mismo que tiene el poder” (2006, p. 36).

Más adelante puntualiza Jakobs: “Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que exterioriza 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 muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad” (Jakobs, G., 2003, p. 42). Como ejemplo del primer tipo, menciona el trato que se debe dar a un homicida que actúa de manera individual, mientras que, como ejemplo del segundo, menciona al cabecilla u hombre de atrás de una asociación terrorista.

Sostiene que “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (Jakobs, G., 2003, p. 47). El profesor de Bonn resume su planteamiento así: “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido” (Jakobs, G., 2003, p. 55).

En otro trabajo, concibe la persona como aquella portadora de derechos y deberes, para luego cuestionarse si al delincuente se le puede dar este tratamiento para concluir en la exclusión parcial del enemigo: “Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición deber ser completada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se lo priva de derechos...” (Jakobs, G., 2006a, p. 106).

Su propuesta incluye combatir penalmente los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos de autores potenciales (Jakobs, G., 2002, p. 211); lucha que debe extenderse a “Los acuer-

dos privados entre amigos, o el hecho de acordar cometer delitos, llevan a que pierdan el derecho a esa privacidad y sean tratados como enemigos... a los que no se concede el *status* de ciudadanos” (Jakobs, G., 2002, p. 215). Como se sabe, esta es, también, una forma de perseguir y criminalizar la delincuencia por convicción. Se trata de un verdadero “Derecho penal de autor” que en su época fue defendido por los penalistas nazis.⁴ Que se trata de un Derecho Penal bélico, sin límites ni reglas, lo ratifica la siguiente afirmación: “ ‘Guerra’ y ‘lucha’, ¿sólo son palabras?, si es así, entonces, no habría que tomarlas demasiado en serio. Si por el contrario, son conceptos: entonces, ‘guerra’ y ‘lucha’ implican la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder” (Jakobs, G., (2006b, p. 77).

Finalmente, Jakobs incurre en una notable contradicción, al pretender incrustar su tesis en el Estado de Derecho, al sostener: “Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo *Derecho* en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, *al Estado*, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente...” (Jakobs, G., (2006)a, p. 107). ¿Qué significa lo anterior?, que su Derecho Penal de enemigo está concebido para la aniquilación limitada o subrepticia. Pero, según él, existirían Estados de derecho administrados sin inteligencia. ¿A qué clase de Estado de derecho se refiere? Tal vez a un Estado en el que sus ciudadanos están cohesionados en su lucha contra los enemigos y que responda a la idea defendida por los más importantes juristas del nacionalsocialismo, según la cual “Derecho es lo que es útil al pueblo”. Muñoz Conde responde a esta contradicción así:

Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en

⁴ Véase, en este sentido, Muller Ingo, *Los juristas del horror*; y en igual sentido Muñoz Conde, Edmund Mezguer y el Derecho penal de su tiempo.

el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos” (Muñoz, C., 2005, p. 19).

En síntesis, lo que Jakjobs propone es: i) que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la reafirmación de la norma; ii) que solo son personas aquellos individuos que se muestran fieles al ordenamiento jurídico; iii) que quien no se muestre fiel al ordenamiento jurídico no debe ser considerado persona y, en consecuencia, debe ser combatido como enemigo y iv) que a ciertos individuos, en virtud de la peligrosidad de sus posibles actos, se les debe interceptar en los actos preparatorios y combatirlos con un régimen sin garantías. En últimas, defiende una legitimación teórica de regímenes y legislaciones autoritarias, sin importar el tipo de sistema político al que pertenezcan.

3. Jakobs, las garantías procesales y la tortura

En el ámbito procesal, plantea que deben darse tratamientos diferenciados, porque un imputado dentro de un proceso adelantado conforme a las exigencias de un verdadero Estado de derecho es un “sujeto procesal” y como tal tiene, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a los interrogatorios y, especialmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones; mientras que en el Derecho Penal del enemigo surge la necesidad de un Derecho Procesal del enemigo, que lo excluye de esos derechos, pues se trata de individuos frente a los que ya no rige la presunción de una conducta conforme a Derecho, es decir, que ya no son tratados plenamente como ciudadanos, como personas en Derecho, y que, de hecho, difícilmente podrían ser tratados como tales personas (Jakobs, G., (s.d.)a, p. 114). Ese procedimiento de guerra, dice, se dirige a la eliminación de riesgos terroristas por lo que se debe incomunicar al procesado y evitar su contacto con el defensor (Jakobs, G., 2003, p.45). Este autor parece haber encontrado en los sucesos del 11 de septiembre de 2001 la justificación perfecta de ese procedimiento de guerra (Jakobs, G., 2003, p. 46), y sus seguidores parecen haber hallado la teoría que legitima la guerra preventiva⁵. En otras palabras, justifica la punibilidad de los actos preparatorios los que pueden combatirse aun con la tortura⁶. Como conclusión, reconoce que el castigo del terrorista o el hecho de ser sometido a un “duro interrogatorio” antes de la

⁵ Una buena muestra de ello es la *Patriotic Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, por la que se permite la detención gubernativa y la violación de la correspondencia sin control judicial, los Tribunales militares secretos, etcétera.

⁶ Claros ejemplos del *Derecho Penal de enemigo* es la situación de los prisioneros de Guantánamo en Cuba y Abu Grahb en Irak.

producción de lesiones, no cuadra dentro de un Estado de derecho perfecto, pero que tampoco se adecúa a esa concepción el derribamiento de un avión de pasajeros, pues, se trata de situaciones de excepción, dentro de las cuales encuentran su justificación (Jakobs, G., (s.d.)b, p. 92).

Pasando por alto que, una es la ética de la justicia y otra es la ética de la guerra, el citado penalista justifica la punibilidad de los actos preparatorios, la incomunicación de los procesados y la tortura, a la cual se refiere con un suave eufemismo al denominarla “duro interrogatorio”, aunque no cuadre en un Estado de derecho perfecto, por lo que estaría legitimado un Estado de derecho imperfecto con un Derecho de excepción. Sin embargo, coloca en el mismo plano axiológico la tortura y el derribamiento de un avión. Un acto terrorista como el derribo de un avión no pertenece al Derecho de excepción, es un acto ilegal y punto, luego no puede encontrar anclaje en el Derecho. Es el Derecho el que debe reaccionar frente al terrorismo; pero la tortura, que es un acto ilegal, no puede igualarse a otro acto ilegal como el terrorismo. Esto equivaldría a sostener que el delito hay que enfrentarlo con el delito.

Ante esta propuesta que pretende legitimar la excepcionalidad y la tortura, respondemos con la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (Caso Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, 1989)

4. Reflexiones finales

Una escueta lectura narrativa de un sistema jurídico convierte al jurista en un simple notario, que constata la realidad, pero que ni la aprueba ni la desaprueba. Esta es una postura cómoda que han asumido muchos juristas, sin saber que se convierten en manipuladores de normas, leyes y doctrinas foráneas y sin que interese su compatibilidad con el Estado de derecho. En el caso colombiano, se importan “modelos” de investigación y juzgamiento, al igual que nuevos tipos penales, especialmente aquellos que tienen que ver con la represión de determinados delitos, sin que se formule reparo alguno en relación con su validez en un Estado de derecho y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales. La brutal y criminal justicia sin rostro, por ejemplo, contó con muy poca resistencia en el ámbito académico; mientras tanto, los juristas del horror criollos

continúan en su cruzada de arrasar con los derechos y las garantías fundamentales, escudados en este tipo de doctrinas muy próximas a los Estados totalitarios.

El Derecho Penal del enemigo, proyectado como un sistema de excepción paralelo a un Derecho Penal ordinario o de ciudadanos, es incompatible con el Estado de derecho y con los derechos fundamentales, sin excepción, que corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo.⁷ Lo anterior significa que el Derecho Penal requiere de juristas que no estén dispuestos a hacer concesiones. El jurista ha de ser un hombre de su tiempo. Ha de sentirse enraizado en el mundo; solo así gozará de una visión de las cosas y de la vida que no le vengan impuestas. Debe estar proyectado a la comunidad. Mientras más lleno de ideas y proyectos, mientras más rico en su historia personal, mientras más experimentado, mientras más axiológicamente ambicioso, mientras más identificado con los fines del derecho histórico, más autorizado estará para ser jurista. Nuestros juristas deben tomar posición y asumir un compromiso con el Estado de derecho y con los derechos fundamentales, sin excepción.

Para concluir, el Derecho Penal del enemigo es inadmisibles en un Estado de derecho por las siguientes razones: i) porque desconoce el principio de la dignidad humana que le es propio al hombre por el simple hecho de su existencia; ii) porque su concepto de persona está por encima del ser humano al sostener que es solo una construcción normativa que se atribuye únicamente a los hombres que se muestran fieles al Estado y a sus normas; iii) porque su paradigma se sustenta en la negación de la condición de persona a ciertos individuos a los que califica como enemigos; iv) porque establece diferencias injustificables entre personas y no personas, lo que en últimas depende de su fidelidad a las normas y el cumplimiento de sus roles; v) porque pretende crear un tipo de derecho procesal penal sin garantías para las no personas; vi) porque reivindica la tortura a la que denomina “interrogatorio duro”; vii) porque defiende el derecho penal de autor al proponer criminalizar las meras ideas y los actos preparatorios; viii) porque defiende el establecimiento de penas que no respetan el principio de proporcionalidad; ix) porque fomenta el Estado totalitario; x) porque no precisa, ni puede hacerlo, quién sería el encargado y mediante qué procedimientos de calificar a un ser humano como no persona y, en consecuencia tratarlo como enemigo; xi) porque solo concibe la fuerza y la coacción como mecanismos para imponer y defender el orden social; xii) porque con su concepción de la pena se instrumentaliza al ser humano al convertirlo en un

⁷ En este sentido, Muñoz Conde, Francisco. “De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. p. 63; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal.*, p. 234; Eser, Albin. *Consideraciones finales* en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, p. 474; Cancio Meliá, Manuel *¿Derecho penal del enemigo?* Edit. Civitas. Madrid, 2003, p. 98; Gracia Martín, Luis. *Bases para una crítica del “Derecho penal del enemigo”.* Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 210.

medio para enviar mensajes a la sociedad; y xii) porque su concepción del Derecho Penal tiene como finalidad exclusiva la eliminación del enemigo, su exclusión o inocuización.

Queda pendiente por discutirse la existencia de un Derecho Penal de amigos que cada día conquista más espacios en nuestro país.

Referencias bibliográficas

- Aponte, C., D. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cancio M., M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? En *Derecho penal del enemigo*. Edit. Civitas Ediciones S.L., Madrid.
- Gracia, M., L. (2005) *Bases para una crítica del “Derecho penal del enemigo”*. Valencia: Edit. Tirant lo blanch.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Edit. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2000). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico en: “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”*. Trad. Cancio, M., M.; Feijóo, S., B.; Peñaranda, R., E.; Sancinetti, M. y Suárez, G., C. Lima: Palestra Editores.
- Jakobs, G (2003). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Trad. Cancio, M., M. Madrid: Edit. Cívitas.
- Jakobs, G. (2004). *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*. Trad. Manso, T. En Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Francisco, M., C. (coordinador de la versión española). Valencia: Edit. Tirant lo blanch, Valencia
- Jakobs, G. (2006a). ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Cancio, M. y Gómez-Jara, D. (comp.) Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, Editorial B de F Ltdas, Montevideo, Buenos Aires, T. II. P 93-116
- Jakobs, G. (2006b). ¿Terroristas como personas en Derecho? En *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, T. II. Cancio, M., M. y Gómez-Jara, D. Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, Editorial B de F Ltda, Montevideo, Buenos Aires.
- Mir Puig, S. (1994). “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”. En *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Edit. Ariel.

Muñoz, C., F. (2005). *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Edit. Hammurabi.

Roxin, C. (2007). *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en “*La teoría del bien jurídico*”. Madrid: Edit. Marcial Pons.

Zaffaroni, E., R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Edit. Ediar.

Zaffaroni, E., R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: Edit. Grupo Editorial Ibáñez.

