

# El derecho penal del enemigo y la restricción a los derechos humanos

Constanza Fraume Restrepo

---

## Resumen

El derecho penal del enemigo, se ha caracterizado por su restricción a los derechos humanos, materializados como derechos fundamentales en las constituciones con una progresividad de las barreras de punibilidad, con un señalado rigor punitivo, dentro de posiciones polémicas en la forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal.

En la práctica, esta doctrina penal del enemigo, surgió en el año 1985 en el mundo del derecho, cuando Jakobs desarrolla una teoría en la cual explica, la existencia de sujetos peligrosos que merecen denominarse “enemigos”, sin embargo no es algo nuevo, pues, es una constante histórica, se ha demostrado que siempre han existido “enemigos”, que han sido coaccionados por el Estado, en el ejercicio de *ius punendi*, violentando garantías fundamentales y los derechos humanos, para crear falsas ideas de seguridad en el colectivo social.

El trato diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad), es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por lo tanto, resulta incompatible con la política de estado de derecho. Dentro de este marco, se vislumbra una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que legitima y acepta el concepto y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, es decir, con la teoría política de éste último, generando un contundente retroceso y sin lograr superar aún, la incivilidad.

**Palabras Claves:** Derecho penal del enemigo, Derecho del ciudadano, Derecho penal internacional, Derechos humanos, Estado de Derecho, seguridad

## **Introducción**

Las sociedades contemporáneas, producto de profundos cambios a nivel económico, político, jurídico, social, cultural, han transitado en la búsqueda de una sociedad más civilizada, humanitaria y democrática, sin embargo; en este trasegar se han presentado innumerables obstáculos inhumanos, incisivos, generando un contundente retroceso y sin lograr superar aún, la incivilidad.

El mundo después de la Segunda Guerra Mundial quiso revertir tanto primitivismo y crear un sistema de garantías para las personas; reconociendo a la vez sus derechos, que le son inherentes y que históricamente habían sido vulnerados por los Estados, y en muchas oportunidades, por las mismas personas. Fue así como surgieron los Derechos Humanos y el sistema garantista penal.

Dentro de este marco, la sociedad internacional se esforzó por dinamizar las garantías personales, creando tratados internacionales, creando obligaciones y derechos entre dos o más Estados, respecto a la protección de las personas.

Además; la creación de la Corte Internacional Penal, instancia internacional a la cual acudir cuando los Estados miembros desconocieran las garantías que se consagraron. En todo caso; los Estados deben ser jueces de la protección de los Derechos Humanos, materializados en sus Constituciones.

Ahora bien, a medida que el sistema neoliberal y el fenómeno de la globalización avanzaron, su fin último es la acumulación incesante de capital, cada elemento esencial debe ser protegido por el sistema económico, sistema jurídico y sistema político; generando reducción de garantías a las personas.

Actualmente, la conquista es económica y de mercado, a través del consumismo “Vida de Consumo”, el joven con dinero, el simpático; es sinónimo de acumulación incesante de capital, los viejos tratan de ser jóvenes para ser productivos, sin embargo, la capacitación permite estar incluido en el sistema económico.

La acumulación incesante de capital se produce también, con la muerte y la violencia, es decir, entre más violencia exista, más se encarece un producto o un servicio y por lo tanto más capital acumula el sistema, por ejemplo, la cocaína no está legalizada; potenciando un retroceso, en el sistema que, hasta hace un tiempo atrás, era pro persona, principio que implica aplicar o interpretar la norma, que proteja con mayor amplitud a los sujetos.

Surgieron así, legislaciones que iban en desmedro de las garantías consagradas a nivel internacional y constitucional en los Estados occidentales preferentemente. La peculiaridad de estas legislaciones, es que apunta a personas que eran y son tratados como enemigos y a las cuales no se les ofrece ningún tipo de garantías humanitarias ni procesales.

En este caso, es necesario detenernos a examinar el retroceso en nuestro avance hacia la civilidad como sociedad, escudriñar las técnicas jurídicas que se utilizan y la justificación a la creación de una **Teoría Penal del Enemigo**, que, como derecho, no atribuye ningún tipo de garantía a las personas a las que se aplica.

Jakobs. G. (2003), una de las máximas autoridades en teoría del derecho, afirmó que, en la actualidad, para el poder penal del Estado no todos los ciudadanos son personas, sino que están las personas y los enemigos.

Estos últimos, pueden ser terroristas, narcotraficantes, violadores reincidentes, en realidad no son considerados por el derecho, incluso en los Estados democráticos, delincuentes,

sino menos que animales peligrosos, algo que por lo demás Jakobs G. (2003) en cierto modo legitima, al explicar el postulado de que todos somos personas frente al derecho no puede sostener un sistema penal real.

### **El derecho penal del Enemigo según Gunter Jacobs**

**El derecho penal del enemigo**, es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales y estriba en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior al acto delictivo, sin esperar una lesión posterior o tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto y no sus actos.

Según la tesis Jakobsiana, cuando a un individuo se le judicializa por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo, narcotráfico o por formar parte de la criminalidad organizada, o por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo. Desde esta perspectiva, el derecho penal del enemigo, está constituido por tres elementos:

*En primer lugar, consta de un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en éste ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de vista de hecho futuro), en lugar de ser retrospectivo, como lo es lo habitual. En Segundo lugar, penas desproporcionalmente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y, en tercer lugar, la supresión o relativización de determinadas garantías procesales (Jakobs G. 2003, p.112).*

Es decir, el autor, denomina Derecho, al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Aunque, todo derecho se halla vinculado a una autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal, en consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra el enemigo.

Desde la perspectiva de Jakobs (2003), parece claro que en todos los campos del proceso penal del enemigo (criminalidad de la inmigración, carteles de droga, terrorismo y otras formas de criminalidad organizada), lo que acontece no es que se orienten con prudencia y comuniquen con crueldad las operaciones de combate, sino que se gesta una cruzada contra malhechores y archimalvados.

Al respecto, Rousseau (2007) y Fichte (1994), consideraban que todo delincuente es de por sí un enemigo, así se afirma que toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra a entrar en una constitución ciudadana; quien no participa en la vida de un Estado comunitario- legal debe irse; lo que significa que debe ser excluido, en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo” (1998, p. 14)

Si bien es cierto, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; porque la custodia de seguridad, a fin de cuentas, es una institución jurídica.

### **Derecho penal enemigo versus derecho penal del ciudadano**

Jakobs, con su postura respecto a la finalidad del derecho penal como garantizador de las expectativas conforme a los roles y de la prevención general positiva, sostiene dos polos de tendencias de sus regulaciones, por un lado, el trato con el ciudadano, en que se espera hasta que éste 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 se le combate por su peligrosidad, según Jakobs G. (1999), da a pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena.

En este orden de ideas, sólo habría derecho penal y procesal para ciudadanos, y un “derecho” penal para los enemigos. Por esta razón, la coacción no se dirige contra la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso. Las afirmaciones anteriores, desde la tesis jakobsiana, solo es persona quien ofrece una garantía cognoscitiva suficiente de un comportamiento personal; como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita una cimentación cognitiva para poder ser real y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo, sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real.

Para Zaffaroni (2006), en la política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina penal que admite y legitima el concepto del enemigo y los principios constitucionales e internacionales del Estado de derecho, con la teoría política de este último.

Como se puede inferir, la realidad del poder punitivo opera tratando algunos seres humanos, como si no fuesen personas, y que la legislación lo autoriza, la doctrina consecuente

con el principio del estado de derecho, debe intentar limitar, reducir o al menos minimizar el fenómeno para que el Estado social de derecho no desaparezca.

Por consiguiente, se pone al descubierto una situación que ha estado oculta, y se sitúa de manifiesto como nunca antes, y es que la tradición legítimamente del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el Estado Constitucional de Derecho, introduciendo un elemento disolvente, que en algún trágico momento del pasado de triste memoria, se llamaría entre nosotros *doctrina de seguridad nacional* (Zafaroni, 2006), con discursos ilusorios de seguridad que dilucidan nítidamente desde décadas pasadas, al etiquetar y al tachar, a quien no le es funcional al sistema. Por lo tanto, no puede tratarse como persona quien amenace constantemente, pues quien no participe en la vida de un Estado comunitario – legal debe irse y ser expulsado del sistema.

Esta discriminación es milenaria, se pueden ver rasgos claramente de este derecho penal del enemigo descrito por Jakobs, inclusive en la fundamentación de la Segunda Guerra Mundial, donde el no alemán era enemigo del sistema según el imaginario social de la Alemania nazi.

Es inadmisibles que se pueda distinguir entre ciudadanos y enemigos o como lo señaló, el famoso teórico nazi, **Carl Schmitt (1999)**, en una de sus construcciones teóricas realizó una famosa distinción entre “Freund und Feind”, “amigo y enemigo” creando las bases para el desarrollo de una construcción jurídica que permitiera distinguir el Derecho para el normal ciudadano de un Derecho más duro y excluyente que había que aplicar a los enemigos, como sujetos con diferentes niveles de respeto y protección jurídica. En últimas, el Estado terminaría haciendo más daño que el que podrían hacer los “enemigos”

Llama la atención, si se sigue este enunciado, la defensa de los derechos humanos y la fundamentación jurídica del Estado de Derecho estaría carente de sentido, pues si se comprende que aquellos son “productos de luchas y proceso culturales” Herrera, (2005), donde su protección se cimenta en el respeto por el otro, y de lo otro, no como elemento para exterminar y aniquilar, sino como una herramienta para vivir en sociedad, pues no podemos referirnos a una sociedad justa cuando no hay respeto por los derechos humanos, se caería en un sinsentido lógico.

Por ello, en palabras de Gracia M (2005), la experiencia histórica demuestra con contundencia que los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, disminuyendo así la disposición de tratar al delincuente como persona.

Pero si se admite esta distinción, se debe admitir 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, a lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valederos tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo Gracia, (2005). El derecho así concebido, es sólo lo que dicen quienes tienen poder, en el ejercicio del control social, lo cual significa una batalla perdida en luchas ya ganadas; pues como diría Armad Mattelart, en su obra *Un mundo vigilado*:

*Cada ruptura con el Estado de Derecho se acompaña de un asilvestramiento de la democracia, de una regresión de los valores que supuestamente lo fundamentan. La amplitud del mal no establece límite alguno de uso de medios ajenos a las normas. En cada ocasión, la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en*



*la normalidad. Todas estas prevaricaciones de la razón de Estado funcionan como un extraordinario analizador de las regiones más oscuras de las sociedades democráticas (Mattelart A. 2009, p, 11)*

## **Derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional**

Actualmente, se vislumbra una campaña extrema en combatir la criminalidad organizada y diversos fenómenos que se agudizan con el transcurrir del tiempo. Se ha creado, en el imaginario socio - colectivo, una era de estremecimiento donde el derecho mismo es una herramienta de desesperanza, en un mundo donde la globalización permite un proceso de creciente internacionalización o mundialización del capital financiero, industrial, comercial, generándose nuevas relaciones políticas internacionales. Este proceso globalizador, afecta todos los ámbitos de la vida humana, expresándose específicamente en tres relevantes manifestaciones: la globalización económica, la globalización política, la globalización de las comunicaciones.

Sin embargo, la interdependencia, no sólo tiene repercusiones de contenido económico, político o en las comunicaciones, sino que además ha generado cambios en el Derecho y específicamente en el derecho penal, debido a que la integración que persigue la globalización, actualmente es más fluido el tráfico de personas y cosas, la comunicación, las transacciones comerciales y financieras entre otras, lo que ha beneficiado la realización de las actividades delictivas transnacionales y el interés global de la persecución penal de delitos cometidos en otros países; donde los sistemas jurídicos se estandarizan como corolario de una sociedad de la seguridad.

Como lo señala Mattelart A (2009), estamos en una era tecnoglobal, en el auge de un sistema mundial de transformación y caracterización del ciudadano en sospechoso en el orden

socio político. Existe un mundo donde no solo el sospechoso es vigilado con zozobra en la búsqueda de la seguridad ciudadana, sino donde todos somos vigilados.

En esta nueva dinámica “sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura a través de una legislación penal preventiva” (Pérez, 2007, p.17)

Por consiguiente, en la comunidad internacional se discute sobre la reacción a seguir frente a los individuos que son denominados como peligrosos, por la línea que se impone en la construcción extralimitadas de políticas de control social, en sujetos que se catalogan como enemigos.

No obstante, surgen los siguientes interrogantes ¿Quién decide?, ¿Quién o quiénes son los sujetos peligrosos?, ¿qué trato se les da a estos sujetos peligrosos, en específico, a los enemigos?, ¿qué rol juega el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional en este contexto?

Ahora, la alocución que gira en torno al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, están íntimamente relacionados, sin embargo, el derecho penal internacional aparece, inicialmente, para obstaculizar la impunidad cuando se violenten gravemente derechos a la titularidad universal, surgiendo así una especie de colaboración en estas dos áreas del derecho.

Aquí, no se trata de negar la posibilidad de extender universalmente la vigencia de los derechos humanos, solo se trata de saber qué se hace cuando se inflige dolor mediante el derecho penal a quienes no hacen parte de una estructura social. Estas reflexiones de Jacobs forman parte

del texto “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en el cual este autor establece una distinción entre crear un orden y mantener ese orden una vez creado. Jakobs habla aquí del postulado de vigencia global de los derechos humanos. (2003, P.54).

Además, considera que la situación previa a la sociedad civil es la del estado de la naturaleza, en la que no hay una personalidad reconocida o garantizada de ahí que afirme que

*(...) frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario legal, y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención (2003, p. 54).*

Una vez se tiene al individuo, “se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia de los derechos humanos, no se dirige una pena contra personas culpables, sino que ella se aplica “contra enemigos peligrosos” y aquello que el nacionalismo serbio denominaba una “metástasis dentro del cuerpo sano de nuestro pueblo” (kullashi, 2003, p.79).

Sin embargo, el siglo XX se ha caracterizado por grandes cambios de paradigmas, como el aumento de constitucionalización de las relaciones internacionales. El surgimiento de las instituciones y un tejido de relaciones que han formado los cimientos de una “sociedad internacional” son sucesos históricos a los que no puede renunciar una perspectiva de análisis basada en la evidencia y no en la conjetura. Para Jakobs, el articular las nociones de persona y el significado y fin de la pena estatal, es lo que conlleva a Jakobs asegurar que el derecho penal internacional opera frente a los enemigos peligrosos y no frente a personas, además esta

categoría supone una estructura social por afirmar a la cual esté vinculado el individuo que padece la pena.

Las sociedades que aplican la pena internacional a responsables de crímenes internacionales no pueden asegurar que están garantizando su propia estructura, pues el sujeto en tales circunstancias no pertenece a ella.

En el derecho penal internacional, según Jakobs, la pena no tendría como fin garantizar o mantener un orden, pues este no existiría, sino establece las bases para su creación. Habría que actuar para garantizar que los sujetos peligrosos, quien actúa en el estado de naturaleza, sean custodiados y pueda progresar en la configuración de un pacto social que, mediante instituciones propias del Estado de derecho, asegure las condiciones de libertad y seguridad para los ciudadanos.

La concepción de Jakobs del derecho penal internacional, aborda a la actuación de los órganos internacionales encargados de aplicar el derecho penal a los responsables de crímenes internacionales, sin embargo, sería una noción básica para contextos desestructurados en los que ya es imposible pronunciarse acerca de un sistema social, así sea en un proceso de consolidación, y, además, no cabría hablar allí de estructuras que deban ser garantizadas o afirmadas a través de la pena.

Asimismo, Jakobs parece pensar en situaciones límite o extremas en la que la ausencia de las instituciones a las cuales esté vinculado el autor abra el camino para que las sociedades a las que no pertenece apliquen el derecho penal. A pesar de que, esta no es la manera de comprender la verdadera dimensión de la constitucionalización de las relaciones internacionales ni la naturaleza del derecho penal internacional.

Si bien, la visión para Jakobs es la de Europa que mira el mundo desde sí misma, desde sus miedos y sus temores, y desde el mundo de sus miedos construye discursos generadores de estigmas adheridos a los protagonistas de lo extraño.

En cuanto, a la incompatibilidad del derecho del enemigo con la dignidad humana, esta consiste en que promueve la disgregación de los miembros de la sociedad. Se trata de una regulación jurídica de las relaciones sociales y de las instituciones sociales que tiende a excluir del acceso de algunos bienes – específicamente el derecho al ejercicio de algunos Derechos Fundamentales, a ciertos individuos, todo ello, como una medida, para proveer una aparente seguridad al colectivo social. En este caso concreto, la restricción de los derechos fundamentales de los enemigos, y por tanto de los enemigos en sí, son observados como medio para un fin.

Ahora veamos, la segunda incompatibilidad se da en que, mediante el Derecho penal del enemigo, tal como lo ha señalado Jakobs, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, en este estado de las cosas, se repite, que los derechos desconocidos para cierta categoría, se utilizan como medio de comunicación para enviar mensajes de rechazo a sus potenciales enemigos.

Así mismo, la tercera incompatibilidad consiste en que, el Derecho penal del enemigo, desconoce la dignidad del hombre, pues lo instrumentaliza y lo convierte en una cosa entre las cosas, como negación de la vigencia del derecho penal de ciudadano – único derecho penal – implica un ejercicio de pura coacción, es un dispositivo de fuerza puesta al servicio de la exclusión.

Se ha dicho, que el Derecho penal del enemigo propone la aplicación de estatutos sancionatorios diversos a quien considera diferentes, y protegiendo a unos y degradando a otros,

la justificación que hace para derogar un elemento esencial de la esfera normativa de la dignidad humana, porque esta, es inherente a la especie humana y requiere de ellos idéntico respeto, que en la actualidad se manifiesta de una manera insuficiente. En consecuencia, uno de los fundamentos propuestos por el Derecho Penal del Enemigo, consiste que este se aplicaría a las no personas. Así que, construye la categoría de no persona a partir de la violación del derecho de los ciudadanos (personas). Y como anota Gracia M, para infringir el derecho penal de ciudadanos se debe ser ciudadano y persona.

Por lo tanto, el derecho penal del enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este derecho penal. Por otra parte, el Derecho penal del enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión judicial, ni siquiera legal, la que determina que seres humanos, y cuáles no, son dignos.

Así mismo, El derecho penal del enemigo, señala que no es la naturaleza humana la que genera aquel atributo invariable de ser persona, sino que ella dependen de una relación sinalagmática entre individuo y Derecho. Sólo si el individuo es fiel al Derecho vigente y adquiere el status de ciudadano o persona. Dentro de este marco, las condiciones serían, nada más que el cumplimiento de un deber jurídico (Feijoo Sánchez, p. 812).

Lo dicho hasta aquí supone, en cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos, se vislumbran en un punto máximo de debilitamiento, pues son instrumentalizados, por los dueños de las esferas del poder que todo lo controlan, además, pareciera que no existiera un control de todo aquello que requiere control, frente al exceso de políticas de seguridad.

Conviene subrayar, señala Pastor (2006), que el acierto descriptivo de Jakobs, es superlativo: el poder punitivo internacional es el derecho penal del enemigo por excelencia. Los

derechos humanos, no aplican, esto es innegable en la mayoría de los países del mundo; no tienen, por lo tanto, una vigencia efectiva, aunque sea a grandes rasgos, sino todo lo contrario contra los autores de graves violaciones a los DD.HH. que son juzgados por jurisdicciones externas al (o a los) Estado/s involucrado/s se dirige una guerra a un extraño por medio de un tribunal y la ficción de un juicio.

Sin embargo, la reivindicación de los Derechos Humanos, como productos culturales, de lucha por la libertad y la dignidad, en contextos que no pueden ser ajenos a la forma de vivir y concebir el mundo, es necesario hacer un llamado por la reivindicación de la razón de derecho, pero no de cualquier derecho, sólo aquel que sea respetuoso de todas las garantías, principios, y valores que son la esencia del ser humano, como seres que tenemos derecho a vivir en paz consigo mismos y con los demás.

En realidad, los Derechos Humanos, son el fruto de grandes revoluciones sociales, no pueden ser empleados a los cambios inesperados de las sociedades, para justificar prácticas no acordes con el derecho, por esto, desde la teoría crítica de los Derechos Humanos, en la línea del maestro [Herrera F \(2005\)](#), se le apunta a construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo, pues es necesario repensar, reaprehender, las ideas supuestas, porque pensar significa pensar de otro modo ([Herrera, 2005, p.43](#)), para poder transformar, es crear, pues, nuevos modelos para reconocernos públicamente con nuestras diferencias.

Es importante tener en cuenta, que el derecho por sí solo no es la solución, aun cuando existen problemáticas estructurales que requieren atención, siempre han estado presentes y no han sido atendidos como el desempleo, la miseria, la desigualdad, la inequidad, hambre, porque

lo que se atiende es la emergencia de la inseguridad colectiva, y en esta lógica, “seguridad”, no es sinónimo de garantía de derechos, una cosa es el derecho a la seguridad y otra muy diferente es la de la seguridad jurídica de los derechos, que actualmente continúan siendo insatisfechas y ante esta dinámica, siempre existirán amigos y enemigos. Sin embargo, en todo el mundo se habla de derechos humanos, lo que realmente le importa a los Estados no es el ser humano, sino la expansión económica.

Lo peor del caso, son los discursos de emergencia, sustentados en la necesidad prioritaria de “contener” y/o combatir al “delincuente”, lo que ha generado la restricción de derechos y garantías de los ciudadanos, generando en los ciudadanos una ficticia sensación de seguridad. El contexto social y político de excepción permanentemente es invocado para justificar la inadecuada utilización de las leyes que restringen y/o limitan derechos o garantías en pos de perseguir al individuo o grupo sindicado como culpable de la ola de inseguridad de turno, constituyéndose así el “enemigo” social, plasmado en la positivización de leyes penales. Al mismo tiempo, que satisfecho recibe la ley que “categoriza” y castiga al “enemigo” es víctima de una doble afectación: Por un lado, el cíclico ataque del “desviado”, por otro, el gradual, pero continuo recorte de los derechos y garantías para justamente hacer frente a la delincuencia que lo “aqueja”. La persistencia en los discursos de excepción que convalidan expresamente el derecho penal del enemigo, van en contravía del Estado de Derecho y sólo como beneficiario el Estado despótico que acumula poder, prolongando indefinidamente el tributo de libertades civiles para incrementar desmesuradamente sus arcas de desigualdad, inseguridad jurídica y autoritarismo: el constituyente primario, es el más perjudicado por las normas que supuestamente, los protege de su “enemigo”.



Zaffaroni (2011), señala que la esencia del trato diferencial con relación al enemigo, consiste en que el derecho niega la condición de persona. Sólo es considerado bajo la etiqueta de entre peligroso o dañino. Además, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencias a seres humanos, que son privados de ciertos derechos individuales en razón que dejaron de ser considerados personas, y es aquí donde se vislumbra la primera incompatibilidad que presenta la aceptación de hostis en el derecho con el principio de Estado de derecho.

El hostis de nuestros días se le somete a contención como individuo peligroso solo en la estricta medida de la necesidad, o sea, que solo se priva al enemigo de lo estrictamente necesario para neutralizar su peligro, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que no sería más que una simple limitación al principio de Estado de Derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Así que, lo que desconocen los teóricos y sobre todo los prácticos, de la excepción, es que está siempre invoca una necesidad que desconoce ley y límites. La estricta medida de la necesidad es la estricta medida que algo no tiene límites, porque los establece el mismo que ejerce poder. Así, como el futuro es incierto, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el grado de peligrosidad del enemigo - y, por ende, de la necesidad de contención - dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro quien ejerce el poder.

En la medida que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso, y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o se le niega el carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos, por ejemplo, como testar, contraer matrimonio, tener hijos y

reconocerlos, entre otros. Es necesario aclarar, que no es la cantidad de derechos de que se restringe a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón en sí misma, en la que se fundamenta esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.

El derecho penal contemporáneo, en la medida que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser eliminados o segregados, los confiscó sin decirlo, y con ello los dejó de considerar personas, lo que ocultó con racionalizaciones, cuando lo verdadero es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, viola el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

### **Derecho penal del enemigo y garantismo procesal**

En el derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías procesales y materiales, nos encontramos con un derecho penal anticipatorio a los sucesos criminales, como una propuesta de protección penal, que conlleva como se ha manifestado a un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que combatir restringiendo sus garantías procesales, desconociéndole hasta el reclamo mediante instituciones de amparo de libertad.

La restricción de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de instituciones jurídicas como la prisión preventiva no

excarcelable ni sustituible frente a ciertos tipos de delitos como son: criminalidad organizada, terrorismo, narcotráfico, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, trata de personas, pretendiendo en estos casos, encontrar su legitimación a partir de la eliminación de un peligro potencial o futuro. La punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a los hechos futuros.

Así mismo, se pone en juego la presunción de inocencia, por ser opuesta o contraria a la veracidad en el procedimiento, se incorporan medidas amplias de intervención en las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se reduce significativamente las exigencias de la licitud y admisibilidad de la prueba, se amplían los plazos de detención policial para dar cumplimiento a los fines investigadores, así como la prisión preventiva y en el contexto teórico se reivindica incluso la licitud de alguna forma de apremios psíquico físico emocional.

A pesar de que, el Derecho del enemigo es incompatible con el principio del acto, pues, el derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor, porque se dirige en forma directa y específica a los enemigos (no personas), eliminándolos del sistema, porque representan un grave y serio peligro para la sociedad, aún, así no fuese responsable ya de ningún acto. En definitiva, representa el paso de una legislación penal a una legislación de combate.

Según; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “el debido proceso legal, abarca, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Su contenido está regulado por los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 8 de la

Convención Americana de los Derechos Humanos. La finalidad de estas disposiciones es “garantizar la adecuada administración de justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y al derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, e independiente e imparcial, establecido por ley”.

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental del debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 dicha garantía en términos similares. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad”

La ley 906 de 2004; en sus artículos 1º. Dignidad Humana. “los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a dignidad humana”, el 3º. Prelación de los tratados internacionales. “En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad”, el artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva, sobre su responsabilidad penal”.

Por lo tanto, en el sistema procesal penal colombiano, nadie podrá ser condenado sin juicio previo, conforme a los derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional, El derecho

Internacional vigente y las normas del código procesal penal. En el procedimiento se observarán los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía, concentración, en la forma que el código, el bloque de constitucionalidad y convencionalidad lo determinan.

## **Conclusiones**

Si el derecho penal, siempre ha aceptado el concepto de enemigo y éste resulta incompatible con el Estado de Derecho, lo que correspondería es una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron en casi todo su trasegar o, en otras palabras, un reajuste, del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado neoconstitucional, depurándolo de los componentes propios del estado de policía, incompatibles con sus principios.

El trato diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad), es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por lo tanto, resulta incompatible con la política de estado de derecho. Dentro de este marco, se vislumbra una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que legitima y acepta el concepto y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, es decir, con la teoría política de éste último, generando un contundente retroceso y sin lograr superar aún, la incivilidad.

El enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano en su esencia, considerado por el derecho penal del enemigo como un ente peligroso o dañino y no como persona, con autonomía ética, desde la perspectiva de la teoría política, solo es compatible con un estado absoluto total, debilitando de forma significativa el Estado social de derecho.

La globalización, ha debilitado el poder de decisión de los estados nacionales, las decisiones estructurales actuales, asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, es decir, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para reducirlo o destruirlo a la impotencia total, dirigiendo sus pasos el poder mundial hacia los genocidios, es decir, hacia el aniquilamiento de quienes consideran como sus enemigos.

El resultado de esta minimización de la política y de la negociación, dan como resultado, dos líneas de pensamiento, que sin lugar a dudas impactan en lo político: la primera, la de los Derechos Humanos y la negociación, y la segunda, la solución violenta de los Derechos Humanos, que tarde o temprano, finalizarán en genocidio.

Se debe garantizar el mínimo vital en el colectivo social, por lo tanto, la solución no es penalizar con el afán de obtener la seguridad.

Las prácticas antidemocráticas, justificadas en los derechos humanos, legitimadas no solo desde el derecho acreditando sus actos, que el derecho mismo rechazan y aunado a la contribución del colectivo social, genera un cuestionamiento no solo de la legitimidad, sino también, el valor de la justicia en la aplicación del derecho.

El derecho penal del enemigo y su aplicación, restringe garantías humanitarias y procesales. Además; el desprecio a los derechos humanos y a la dignidad de la persona tiene legitimidad. Sin embargo, la misma sociedad es la que justifica, legitima y exige su aplicación, abusando en la vulneración de las garantías, que en un Estado Social de Derecho se pretende.

La coacción en la aplicación del derecho penal del enemigo, con la diferenciación entre el derecho del ciudadano (amigos), donde los “enemigos” no son personas, vulnerando de forma significativa la cultura de los Derechos Humanos y los Estados democráticos, convirtiéndose el Estado en un mero espectador, limitándose a cumplir y legitimar la norma jurídica.

El “derecho penal del enemigo”, se caracteriza por un amplio adelantamiento a la punibilidad, con una perspectiva prospectiva, un incremento desaforado de las medidas de seguridad y de la pena, y la abolición de determinadas garantías procesales individuales.

El neoliberalismo, protege la propiedad, aunque, cualquier transgresión contra ella, conforma una infracción contra el soberano, en términos de Hobbes, el atentar contra el soberano en la actualidad es arremeter al Estado y los principios sobre los que se funda.

En el sistema procesal penal colombiano, los imputados y/o acusados por terrorismo, narcotráfico, trata de personas, abuso sexual, feminicidio, corrupción, entre otros; son tratados por el sistema como “enemigos”, desconociendo el principio pro-persona, es decir, su status de persona que permite aplicar las normas de los tratados, las convenciones, la jurisprudencia, que protejan con una mayor amplitud a los individuos. En contraste con lo anterior, el derecho penal del enemigo arremete contra el principio pro-persona, vulnerando los derechos humanos materializados como derechos fundamentales en la constitución política, omitiendo la interpretación de las normas, jurisprudencia, tratados internacionales ratificados por Colombia; de igual manera, sin hacer efectivos los principios de las sanciones penales, que señala: que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

## **Bibliografía**

*Constitución Política de 1991, De los Derechos Fundamentales*

Gracia Martín, L. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 02.

Gracia Martín, Luis, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho Penal de Enemigo", en: CANCIO MELIÁ/ GÓMEZ-JARA DIEZ, (Eds.), *Derecho Penal de Enemigo*, cit. notan<sup>0</sup> 7, p. 1065.

Feijoo S, B, (2006). "El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho", en: Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Diez, Carlos (Eds), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, D de F.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid.

Fichte, J. G, (1994). *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Herrera F, J (2005). *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata

Hobbes, T, (2009). *Leviatán*. Ed. Alianza Editorial, Madrid.

Jakobs, G. (1996) *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Editorial Civitas. Madrid.

Jakobs, G. (1997) *Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico*. en Jakobs, G. *Estudios de Derecho Penal*. UAM ediciones. Editorial. Civitas. Madrid.



Jakobs, G. (1999) "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20

Jakobs, G. (2003) *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en Jakobs-Canció Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial. Civitas.

Kant, I. (1998). *La Paz Perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Ed. Tecnos, Madrid.

Kullashi, M. (2003). "Limpieza étnica en la ex-Yugoslavia". *Praxis filosófica*, No. 16. Cali, Universidad del Valle

Meliá, M. & Gómez JD, et al (2006). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol.2 España: Edisofer S.L. libros jurídicos.

Matterlat, A. (2009). *Un mundo vigilado*. (G. Multigner, Trad.) *Estado y Sociedad*, p. 161. Barcelona: Paidós.

Pastor M, N. (2006) *El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro*, vol.2 Barcelona: Edisofer S.L. libros jurídicos.

Pérez Del Valle, C, (2007) "Sobre los orígenes del "derecho penal del enemigo". *Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau*", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 75, 2001,

Rousseau, J. J. (2007). *El contrato social*, Espasa Calpe, trad. Fernando de los ríos, Madrid.

Schmitt, *Politische Theologie*, (1932); también Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, traducción al inglés de George Schwab, Chicago.

Schmitt, C. (1999). *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid.

Welzel H, (2005), *Introducción a la filosofía del Derecho*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blach.

Zaffaroni, E. Raúl. (2006) "El enemigo en el derecho penal". Editorial. Campus Editorial S.A.S.