



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

Grosso García, Manuel Salvador

Una aproximación crítica al concepto "derecho penal del enemigo"

Revista IUSTA, vol. 2, núm. 27, julio-diciembre, 2007, pp. 51-78

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358685003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Una aproximación crítica al concepto “derecho penal del enemigo”*

A critical approach to the concept of “Penal law of the enemy”

MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA**

Fecha de recepción: 23 de agosto de 2007
Fecha de aprobación: 12 de septiembre de 2007

Resumen

El presente artículo analiza el concepto de “Derecho Penal del Enemigo” desde una perspectiva crítica, lo cual implica estudiar el término en los marcos de la política criminal y la dogmática penal. Adicionalmente, el texto relaciona este concepto con la realidad latinoamericana, teniendo como punto de referencia el caso colombiano.

Palabras clave

Derecho penal, Derecho Penal del Enemigo, terrorismo, derecho y guerra.

* El presente artículo es el mismo que con el título ¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? una aproximación crítica al concepto”. Apareció publicado en el libro Derecho penal del enemigo; El discurso de la exclusión; publicado por los profesores de la Universidad Autónoma de Madrid, Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez, Publicado por las Editoriales Edisofer S.L. y Bdef, en noviembre de 2006. El artículo aparece en el Tomo II de esa publicación en las páginas 1 a 50.

** Filósofo y abogado, profesor de derecho penal de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Abstract

The article analyses, from a critical perspective and within the framework of criminal policy and the penal dogma, the concept of "Penal Law of the Enemy". Additionally, the text links this concept to the Latin American reality, taking the case of Colombia as the point of reference.

Key words

Penal law, penal law of the enemy, terrorism, law and war.

EL PROBLEMA

Fue Günther Jakobs quién creó la expresión "Derecho Penal del Enemigo" (1997: 293–323), para identificar con esa rúbrica 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. Argumentaba el autor que cuando a un individuo se lo criminaliza por este tipo de conductas, no se le estaba tratando como un ciudadano, sino como un enemigo (ibid.: 298). Así las cosas, en esa concepción inicial, la expresión se usa para descalificar el Derecho Penal de esas características, por considerarlo contrario a los principios del Estado democrático. Posteriormente, cuando vuelve a ocuparse del tema en 1999 (Jakobs, 2000: 29–33), robustece el concepto con nuevos elementos y ya no parece tan convencido de su rechazo, para, finalmente en 2003 (Jakobs, 2003) recomponerlo por completo, afirmando de plano que, "no en todo caso pretende ser peyorativo" y señalando que éste no es siempre atribuible a quien lo aplica, sino que también puede ser provocado por su destinatario, con lo cual, en principio estaría tomar partido por la aceptación de esta clase de derecho penal, cuando menos en forma excepcional (Prittzwitz, 2004: 107–119).

El tema del Derecho Penal del Enemigo permaneció relativamente al margen del interés de la dogmática penal por algún tiempo, pero ha recobrado repentino interés en la actualidad, en buena medida gracias a los sucesos derivados de la confrontación del gobierno de los Estados Unidos con los sectores extremistas musulmanes que condujeron al estado de guerra en el que se encuentran involucrados buena parte de los países de occidente luego de los sucesos del 11 de septiembre, que parecieran poner en evidencia la existencia de una situación real de conflicto, nacida de unos ataques reales que ya no se dirigen contra un determinado gobierno o régimen político, sino que tienen como blanco el conjunto de principios filosóficos, políticos y culturales que conforman lo que hoy se identifica como la sociedad occidental¹. Estos acontecimientos bien hubieran podido permanecer al margen de esta discusión, si no fuera porque el propio Jakobs, se ha referido expresamente a ellos, como un dato de realidad que constata la existencia del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs, 2003: 41 y 46).

¹ Al margen de la idea de globalización como una forma de unificación global de la sociedad, se acepta que hoy existen cuando menos dos formas claramente definidas de sociedad, la occidental y la oriental, al respecto véase Touraine (2000).

Más allá de las reacciones acaloradas que se apresuraron a descalificar la postura y tildarla de antidemocrática y autoritaria², que en buena parte se deben a la actitud que ciertos sectores han asumido frente a la persona que hace el planteamiento y no al planteamiento mismo, lo cierto es que estos trabajos de Jakobs han puesto nuevamente el tema sobre el tapete. El esfuerzo descriptivo realizado por este autor, pone en evidencia que, querámoslo o no, tenemos que asumir que en el Derecho Penal existe algo que no se corresponde con lo que tradicionalmente se suele denominar así, y que a falta de una mejor denominación, bien se puede identificar como "Derecho Penal del Enemigo". No cabe duda que si eso resulta cierto, es decir, si es verdad que en el seno del Derecho Penal se ha incorporado algo que se identifica con las características de lo que Jakobs denomina Derecho Penal del Enemigo, se hace imperativo que la ciencia del Derecho Penal se ocupe del tema, la cuestión no puede simplemente eludirse descalificándola o asumiendo posturas retóricas, sino que debe ser estudiada cuidadosamente y es deber de los científicos asumir una posición al respecto.

No obstante, si se examina lo que se ha dicho hasta el momento sobre el tema, lo que domina en el ambiente científico es la perplejidad. No es claro que todo lo que últimamente se quiere identificar como Derecho Penal del Enemigo pueda en rigor recibir tal calificativo, tampoco que el Derecho Penal del Enemigo sea una perversión abusiva del Derecho Penal democrático que constituye algo que no es ni puede ser derecho (Cancio Meliá, 2003)³, o que se trate de una tercera vía del Derecho Penal con carácter excepcional, como proponen algunos⁴. Se discute si se trata del producto de una coyuntura derivada de las circunstancias y en consecuencia es algo transi-

torio, o si por el contrario, es una nueva manera de hacer el Derecho Penal que tiene pretensiones de permanencia y obliga a replantear las bases de lo que hasta ahora se entendía que debía ser el Derecho Penal democrático (Polaino Navarrete, 2005: 42 y ss). Se ha propuesto que el Derecho Penal del Enemigo es un retroceso a etapas arcaicas con pretensiones de revivir instituciones que se consideraban superadas (Faraldo Cabana y Muñagorri, 2005), algunos consideran que lo que se está poniendo en evidencia son algunos vicios siempre presentes en nuestro Derecho Penal (Muñoz Conde, sf)⁵, mientras otros se preguntan si el Derecho Penal del Enemigo es la respuesta al surgimiento de un peligro real y concreto para los cimientos de la sociedad occidental, o es el fruto de la instrumentalización del Derecho Penal al servicio de intereses políticos momentáneos⁶.

Estos interrogantes demuestran hasta qué punto el tema está aún por explorar y requiere un análisis más objetivo. El propósito del presente ensayo es hacer una aproximación a esos interrogantes desde una perspectiva epistemológica, con el propósito de intentar una ubicación del concepto Derecho Penal del Enemigo, en los marcos de la política criminal y la dogmática penal. Compartimos con Cancio Meliá (2003, 83) la necesidad de establecer primero alguna claridad respecto al contenido conceptual de la expresión "Derecho Penal del Enemigo", como presupuesto previo a toda discusión al respecto. No se pretende, entonces, realizar un análisis exhaustivo de las

5 Asimismo, se pueden consultar las siguientes obras: *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. En: Muñoz Conde (2005). *Respecto a las raíces históricas*, en: *El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad"*. En: Díez Ripollés, José Luis et al. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. (Libro homenaje a José Cerezo Mir) pp. 487-509.

6 Véase Aponte C., Alejandro David, primero en "El eficientismo penal: hacia una fundamentación teórica para su comprensión en el caso colombiano". En: Pontificia Universidad Javeriana. (1998). *Memorias de Foro sobre Política Criminal*. Bogotá: Autor. pp. 153-196. Recientemente, en: "Derecho Penal de enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra". En: *Derecho Penal Liberal*. pp. 27-53.

2 Véase Eugenio Zaffaroni (2005).

3 Antes, en Cancio Meliá (2002).

4 Véase Silva Sánchez (2001).

cuestiones planteadas, lo que desbordaría con mucho los límites del trabajo y del autor, pero sí intentar aportar algo más a la reflexión en torno al concepto propuesto desde la perspectiva latinoamericana, teniendo como punto de referencia el caso colombiano, que por sus particularidades puede resultar enriquecedor para la discusión del tema planteado⁷.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

El concepto “Derecho Penal del Enemigo” no es ni mucho menos pacífico, si se toma como punto de referencia el planteamiento hecho por Jakobs en 1985, es decir, identificando como Derecho Penal del Enemigo aquel en el que se produce: a) un adelantamiento de la punición a un estadio previo a la afectación del bien jurídico; b) un incremento desproporcionado de las penas; y c) la relativización o supresión de algunas garantías procesales. Entonces muchas de las acciones que el propio Jakobs identifica con posterioridad al 2003, como Derecho Penal del Enemigo, no cabrían en su propia caracterización, como por ejemplo las medidas adoptadas por los gobiernos de Estados Unidos y España, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre y el 11 de marzo, respectivamente. Por el contrario, si todas estas acciones son manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo, entonces las características definidas en 1985 resultan por completo insuficientes, y el Derecho Penal del Enemigo es otra cosa.

Estas dificultades parecen derivarse del hecho de introducir al corpus conceptual del Derecho Penal una expresión que por su tradicional alcance se-

mántico⁸ resulta exótica, cuando no completamente fuera de contexto. Razón le asiste a Cancio al quejarse de la utilización de la expresión enemigo, como un destinatario válido del derecho penal, cuando es un hecho prácticamente indiscutido que el Derecho Penal no se puede dirigir a los enemigos, en la medida en que estos sencillamente no están sujetos a un determinado ordenamiento jurídico justamente porque, por su condición de tales, no hacen parte del grupo en el cual rige ese sistema de normas⁹. En efecto, si se parte del lenguaje común, que ha entendido siempre por enemigo, aquella persona que por diversas razones, no siempre atribuibles a su voluntad, se encuentra en confrontación con una nación, un pueblo, una raza, un sistema de creencias, o una determinada forma de organización de la sociedad, es claro que la idea de “enemigo” identifica al “extraño”, al que se excluye, en tanto que el ciudadano es el que está cerca, el que se incluye¹⁰. Así las cosas, el enemigo no está sujeto a la norma, no se rige por ella y, por tanto, tampoco puede quebrantarla.

Así las cosas, el Derecho Penal del Enemigo no es en realidad derecho sino guerra; no se trata de una respuesta jurídica sino militar, en la medida en que las acciones que pretenden la seguridad de los ciudadanos frente a los actos hostiles de sus enemigos ni siquiera son policivas, puesto que éstas se dirigen claramente contra ciudadanos y no contra extraños y, según lo que plantea Jakobs, el enemigo es alguien de quien no se puede esperar ya, confiablemente, que se comporte como ciudadano. Esta conclusión conduciría necesariamente a negar la existencia del Derecho Penal del Enemigo, sobre el entendido de que las medidas

7 Hassemer resalta la importancia de esta perspectiva. Véase Aponte (2005. p. VIII).

8 Del latín *inimicus*, que significa contrario o contrapuesto.

9 La expresión pertenece al ámbito militar y se ha incorporado al lenguaje del derecho internacional, para designar justamente al país o persona que se encuentra en confrontación bélica con otro país. Cabanellas (1989).

10 Sobre los alcances de este concepto y su diferenciación con el delincuente, véase D'ors (2002).

adoptas por el Estado en su contra son actos de defensa y, en cuanto tales, no están sujetos a las reglas del derecho interno. Para salvar el concepto, Jakobs señala que aunque el Estado en principio estaría legitimado para hacer cualquier cosa con el enemigo, no siempre lo hace, y que el Derecho Penal del Enemigo es una forma de “limitar” esa respuesta adoptando medidas de seguridad que no “privan” al enemigo de todos sus derechos, dejando siempre abierta la puerta para un eventual acuerdo de paz.

Vistas así las cosas, pareciera como si el planteamiento de Jakobs fuera que el Derecho Penal del Enemigo es una dádiva del Estado, que ante la declaración de guerra del primero, reaccionara moderadamente, absteniéndose de eliminarlo o desterrarlo, para, en su lugar, tomar tan sólo una medida de aseguramiento que de todas maneras le daría la posibilidad de replantear su actitud hacia el futuro. Esta es la razón por la cual entiende este autor, que el Derecho Penal distingue entre el ciudadano infractor y el enemigo.

Los anteriores razonamientos ponen en evidencia que lo que hoy entiende Jakobs por Derecho Penal del Enemigo, dista mucho de su postura inicial de 1985, en la medida en que, por entonces parecía entender que el este concepto no era cosa distinta que una forma abusiva del legislador penal de desbordar los límites propios de un Derecho Penal democrático, anticipando la punición a los actos preparatorios, endureciendo las penas y flexibilizando las garantías, tratando al ciudadano como si fuera un enemigo; mientras que hoy se inclina a identificarlo, como una reacción bélica del Estado en contra un enemigo real, con el propósito de protegerse de él mediante sanciones que están establecidas en normas jurídicas. De la misma manera, los supuestos fácticos que se enuncian para exemplificar su existencia, son muy distintos en uno y otro momento. En el primero se refiere a los delitos de mera conducta, o de peligro abstracto

contenidos en la legislación penal y en la punición de ciertas formas de tentativa que apenas alcanzan el grado de actos preparatorios (Jakobs, 1997: 298 y ss), en tanto que hoy se incluyen también, las medidas contra los inimputables, la legislación de lucha contra la criminalidad y hasta las guerras desencadenadas por algunos países de occidente contra los grupos extremistas musulmanes.

2. **¿QUIÉN ES EL “ENEMIGO”?**

Si se examinan los argumentos expuestos, pronto se notará en ellos un razonamiento circular. Se parte de entender que existe algo que se denomina “Derecho Penal del Enemigo”, que es distinto del “Derecho Penal del ciudadano”. Esa diferencia se pretende demostrar a partir de la constatación de la existencia en el Derecho Penal de una serie de normas que no respetan los presupuestos mínimos del Derecho Penal liberal convencional, pero cuyo quebrantamiento trae como consecuencia la imposición de una sanción privativa de la libertad. La existencia de esas normas se justifica por la presencia real en el mundo de individuos que no se comportan como ciudadanos dispuestos a respetar y seguir las normas, sino como enemigos, que no son confiables, porque su conducta ha demostrado que es muy probable que hacia el futuro no se conduzcan como personas y, por tanto, no es posible reconocerlas como tales. Ante la evidente existencia de estas fuentes de peligro, es una obligación del Estado reaccionar en defensa de los ciudadanos, adoptando medidas de protección frente a esos “peligros fácticos”, pudiendo incluso acudir a la eliminación física, o la exclusión permanente. Por tanto, resulta válido que el Estado reaccione, imponiendo medidas menos drásticas, como la privación temporal de la libertad, que en todo caso tiene la finalidad de aseguramiento de la colectividad y le permite conservar al enemigo algunos derechos, como la posibilidad futura de incorporarse a la sociedad como ciudadano, entre otros.

De acuerdo con lo expuesto, el planteamiento de Jakobs es que existe el Derecho Penal del Enemigo porque existen los enemigos, es decir, el Derecho Penal del Enemigo es, ante todo y por excelencia, un Derecho Penal (Jakobs, 2003: 33) que nace de quienes no se dejan pacificar y no de los pacificadores (p. 22). Pero ¿quiénes son en últimas los enemigos? Jakobs pretende responder este interrogante de la mano de Hobbes y Kant, para identificar como enemigo a quien, pretendiendo regresar a su estado de naturaleza (Hobbes), priva de su seguridad a los demás y se comporta como una “amenaza constante” (Kant), enemigo es (Kant) “quién no se deja reconducir al estado de ciudadano”, quien (Jakobs) representa una “peligrosidad fáctica” para la sociedad (p. 38). Como ejemplo de estos enemigos invoca toda la legislación de lucha contra la criminalidad, comenzando por la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, los delitos de drogas, los delitos sexuales.

Lo anterior resulta un sorprendente salto teórico. Si lo que se pretende es definir quién es enemigo, lo que se tendría que hacer es establecer primero qué características debe tener un individuo para que pueda calificarse como tal, y cuáles son los criterios para saber cuándo nos encontramos frente a un enemigo y cuándo frente a un ciudadano, es decir, si se retoma la idea inicialmente planteada de que el enemigo es una amenaza constante, habría que establecer primero un marco general de lo que es esa amenaza y luego identificar por qué determinadas conductas son indicativas de la existencia de esa amenaza. Pero si lo que se hace es identificar al enemigo a partir del tratamiento que el legislador penal le da a determinadas expresiones de la criminalidad, implícitamente se está afirmando que la condición de enemigo es algo que decide el legislador penal y no algo que existe en la sociedad. En otras palabras, según Jakobs, la diferencia entre un ciudadano y un enemigo no depende de una condición previa de cada individuo, sino de la actitud que el legislador asuma frente

a él. Si a la hora de crear la norma el legislador decide ser respetuoso de las garantías del Estado de derecho, sus infractores serán ciudadanos; pero si, por el contrario, decide saltarse esas barreras, entonces sus infractores serán enemigos.

A esta última objeción se puede responder afirmando que cuando el legislador adopta esas medidas drásticas que corren los límites del Derecho Penal del ciudadano, es porque existen razones para hacerlo, es decir, se puede constatar en el plano empírico la presencia de los peligros que motivan esta reacción, de tal suerte que si no existieran las organizaciones criminales, ni los delitos económicos masivos, ni los actos terroristas, ni los violadores, seguramente no sería necesario recurrir a esas medidas encaminadas a combatirlos y, en consecuencia, no existiría el Derecho Penal del Enemigo; es decir, si no existieran los enemigos, no sería necesario un Derecho Penal que se ocupara de ellos. No obstante, esto no resulta tan claro si se examinan las cosas con más detalle.

En efecto, una aproximación al concepto, pone en evidencia que no es seguro que se pueda demostrar empíricamente que la condición de enemigo o ciudadano exista por fuera del tratamiento que el Derecho Penal le dispense a determinadas conductas. Cuestión que se hace más problemática si se tiene en cuenta, como lo señala Gracia Martín (2005: 477), que no está claro si el enemigo adquiere su condición de tal cuando comete el hecho típico o sólo cuando se dicta una sentencia condenatoria en su contra. Ahora bien, si se han de tomar al pie de la letra los esbozos filosóficos de que se vale Jakobs para apuntalar su noción de Derecho Penal del Enemigo, todo ello hace pensar que la condición de ciudadano o de enemigo es previa a toda consagración legal, en la medida en que, cuando el legislador sanciona una conducta de una determinada manera, lo hace justamente en atención a la condición de ciudadano o de enemigo que pueda tener el infractor, con lo cual el argumento inicial se desvanece.

Es el propio Jakobs quien, en apoyo de su argumentación, afirma de la mano de Hobbes que la condición de persona (en el texto se usa como sinónimo de ciudadano), no es algo que exista per se y que requiere de una constatación empírica, es decir, para que a un individuo se le pueda considerar persona, debe conducirse como tal; en consecuencia, cuando no lo hace ya no se considera persona, sino enemigo. De esta manera, el trato como enemigo que les dispensa el Derecho Penal a ciertos individuos surgiría de su actitud, es decir, de que éste se hace no confiable, sospechoso o peligroso, puesto que su permanente defraudación de las expectativas hace que el Derecho Penal no lo vea como persona, sino como enemigo. Sin embargo, no hay manera de poder establecer quién es y quién no es enemigo con anterioridad al derecho penal, es decir, de acuerdo con lo planteado por este autor, sólo sería enemigo quién realiza la conducta consagrada en la expectativa negativa de acción contenida en la norma penal que establece la prohibición, lo que incorpora la idea de que es el Derecho Penal el que configura al ciudadano y al enemigo.

Pero si eso es así, la tesis caería en una enorme contradicción. Si por enemigo se entiende al individuo que no es confiable, es decir, aquel que de ante mano se sabe que no se conducirá de acuerdo con la norma, ¿qué sentido tiene entonces la norma? De acuerdo con los postulados del Derecho Penal del ciudadano, la norma es una expresión de sentido, un indicativo de conducta, una pauta para la acción, cuyo destinatario es precisamente el ciudadano motivable por ella; pero si el enemigo es alguien no motivable por la norma (por eso es enemigo), ¿quién sería entonces el destinatario de esa norma? Ahora bien, si se afirmara que la norma en principio está dirigida a todos con un carácter general y abstracto y que es el individuo el que con su acción decide si se cobija o no por los efectos de la misma, lo que se estaría planteando es que la condición de ciudadano o enemigo, respecto al derecho penal, es un plus que tiene siempre el

individuo frente a su comportamiento social, con lo cual el concepto de enemigo se desdibujaría por completo y se estaría referenciando en términos de obediencia/desobediencia, lo que confirmaría que lo que se esconde detrás de la noción Derecho Penal del Enemigo es una estrategia de represión de un Estado autoritario (Zaffaroni, 2005: 1083 y ss). Todo esto pone en evidencia que la condición de enemigo no es algo que preexista al Derecho Penal y, en consecuencia, es el Derecho Penal del Enemigo el que crea los enemigos del Derecho Penal y no al revés.

3. ¿HIPERTROFIA DEL CONCEPTO?

Otra cuestión que resulta muy problemática es la diversidad de individuos y conductas que son incluidas en el rótulo de enemigos. Por más esfuerzos argumentales que se hagan, parece muy dudoso que se pueda demostrar empíricamente que cuando un juez penal impone una medida de seguridad contra un sordomudo, o devuelve a un indígena a su comunidad, cuando condena por cuarta vez a un carterista habitual, sentencia a un traficante de drogas, lo mismo que cuando el ejército de los Estados Unidos captura un miembro de Al Qaeda en Afganistán y lo lleva a Guantánamo, en todos esos casos se está aplicando el mismo Derecho Penal y que todo esos individuos son por igual enemigos. Tampoco parece empíricamente demostrable que determinada sociedad perciba por igual al sordomudo, al indígena, al carterista, al narcotraficante y al terrorista como enemigos, menos aún que esté dispuesta a considerar que ninguno de ellos es persona, debido a su peligrosidad. En sentido contrario, tampoco resulta demostrable que esa misma sociedad perciba al homicida, al funcionario corrupto, al juez prevaricador o al ladrón ocasional como un igual, es decir, como un ciudadano completamente distinto de los anteriores, sólo porque para ellos el Derecho Penal respeta en su totalidad las garantías propias del Derecho Penal de ciudadanos, en tanto que para los primeros no.

Lo anterior conduce a pensar que los enemigos contra los cuales lucha el Derecho Penal del Enemigo no son de una misma y única naturaleza y que cabría distinguir cuando menos cuatro grupos. En un primer grupo se ubicarían aquellos que, sin asumir una particular actitud de enemistad declarada contra la sociedad, constituyen sin embargo una fuente constante de peligro e inestabilidad para la misma. Entre ellos estarían los inimputables, los delincuentes famélicos, ciertas conductas de minorías o inmigrantes, etc. En un segundo grupo se ubicarían los delincuentes habituales, tales como distribuidores minoristas de drogas, ladrones profesionales, estafadores, falsificadores, etc. Un tercer grupo lo conformarían los miembros de organizaciones criminales de toda índole, que atentan contra intereses específicos de la sociedad, tal el caso de las grandes corporaciones criminales como la mafia, los carteles de traficantes de drogas, las bandas de sicarios y secuestradores, delincuentes financieros, informáticos, etc. En un cuarto grupo se ubicarían los delincuentes políticos, los terroristas, los miembros de organizaciones separatistas o de sectas religiosas extremistas, etc.

Como se observa, estos cuatro grupos de enemigos no tienen nada en común, como no sea, claro está, que frente a todos ellos el Derecho Penal reacciona de manera semejante, es decir, tratándolos como a tales. Pero ¿es eso cierto? Un análisis más cuidadoso, parece indicar que, en realidad, las cosas no son así. No parece demostrable que los inimputables, los delincuentes habituales, la criminalidad organizada y el terrorismo, se hayan incorporado al Derecho Penal por las mismas razones y que la respuesta que da el Derecho Penal a cada una de estas situaciones corresponda a la misma lógica, y que ésta sea la del Derecho Penal del Enemigo. De hecho, ni siquiera es posible afirmar que a todas estas situaciones responda igual el derecho penal, ni siquiera afirmar que algunas de estas respuestas sean en realidad derecho penal.

Un vistazo a la evolución del tratamiento que el Derecho Penal dispensa al inimputable pone en evidencia que si bien fue cierto que en algún momento del desarrollo doctrinal se le concibió como una fuente de peligro y se pretendió fundamentar la imposición de la medida de seguridad en su pura peligrosidad social¹¹, esa concepción cambió radicalmente una vez superado el positivismo criminológico, y hoy se entiende que la razón y justificación de la presencia de los inimputables en el Derecho Penal reside no sólo en su peligrosidad, sino también, y principalmente, en la necesidad de proteger sus derechos y garantías individuales¹² a partir del entendimiento de que si éstos son dejados por fuera del derecho penal, serían sometidos a medidas administrativas en las cuales muy probablemente no se respetarán esos derechos y garantías (Bustos Ramírez, 1986: 9). Asimismo, la lucha doctrinal en procura de la humanización de las medidas de seguridad tiene como punto de partida filosófico entender que el inimputable es un igual, es decir, es un ciudadano, que se encuentra amparado por todos los derechos y prerrogativas que acompañan tal condición y que, en consecuencia, es deber del Derecho Penal darle ese mismo tratamiento, es decir, reconocerle, garantizarle y respetarle todos los derechos y prerrogativas que en su condición de persona le son inherentes¹³.

De ello cabe concluir que la afirmación de que el tratamiento que le da el Derecho Penal a los inimputables sea Derecho Penal del Enemigo es cuando menos inexacta, en la medida en que la regulación de la inimputabilidad tiene un doble propósito, por cuanto, si bien se sanciona al

11 Entre la abundante bibliografía disponible, véase Ferri (1933). Jiménez de Asúa (1933: 37 y ss). Críticamente: Barbero Santos (1980: 1 y ss). Muñoz Conde (1985: 53 y ss).

12 Véase Rodríguez Mourullo (1974). También, Terradillos Basoco (1981).

13 Esto se deriva del principio de igualdad que acompaña a todo ser humano por el hecho de serlo, así el Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también el Artículo 14 de la Constitución española; o el Artículo 5 de la colombiana.

inimputable teniendo como fundamento y límite su peligrosidad, también lo es que al vincularlo al proceso penal, queda automáticamente cobijado por todos los derechos y prerrogativas que consagra el Estado para cualquier persona, incluidos los principios del debido proceso, la presunción de inocencia, el Derecho Penal del acto, la lesividad, el *in dubio pro reo*, etc., lo cual permite concluir que, en los criterios diferenciadores elaborados por el propio Jakobs, el Derecho Penal del inimputable es ante todo un Derecho Penal de garantías; en consecuencia, es un Derecho Penal del ciudadano y no del enemigo¹⁴.

Respecto al delincuente habitual, cabe hacer razonamientos similares. Es verdad que en el pasado, sobre todo durante el dominio del positivismo criminológico, se pretendió ver en la reincidencia la mejor evidencia de la peligrosidad social del delincuente y encontrar en ella los fundamentos de la prevención especial negativa y la inocuización (Liszt, 1984: 63 y ss), respecto a este tipo de criminales. Es cierto que en la actualidad se produce un resurgir de las propuestas que abogan por penas más severas para los reincidentes, promovidas particularmente por los defensores de las leyes de lucha contra la criminalidad, pero de otra parte, resulta indiscutible que el núcleo central del Derecho Penal actualmente vigente en la mayoría de las legislaciones penales, tanto continental-europeas como latinoamericanas, le otorga al delincuente habitual el mismo tratamiento que a otro tipo de delincuentes, y si bien la reincidencia es tenida en cuenta a la hora de la determinación judicial

de la pena¹⁵, ella no comporta por sí misma un tratamiento desigual o de enemigo, salvo que se trate de cierto tipo de delitos, como el tráfico de drogas, los actos de terrorismo, etc., que formarían parte del tercer grupo.

En el otro extremo se encuentran los diferentes grupos que se valen de la estrategia terrorista como mecanismo para el logro de sus propósitos, ya sea políticos, económicos o religiosos. La cuestión que cabe plantear a este respecto es si resulta admisible afirmar que este tipo de conductas son delitos, entendiendo la expresión en el sentido y alcance tradicional que le da el derecho penal, o si por el contrario, se trataría de verdaderos actos de guerra y si existe entre unos y otros una diferencia clara. Para responder a esto, se requiere primero contextualizar esta expresión, en la medida en que el concepto de "guerra" adquiere hoy un sentido y un significado bien distinto de lo que tradicionalmente se ha entendido como tal¹⁶. Si por guerra se entiende todo acto de fuerza encaminado a imponer su voluntad al adversario (Clausewitz, 1999: 29), ésta presupone siempre la presencia de dos o más adversarios, que recurren al uso de la fuerza como mecanismo para doblegar la voluntad de su oponente. A estos adversarios suele denominárseles enemigos. De esta manera, la guerra es la confrontación entre enemigos, y ése sería de entrada un criterio para diferenciarla de otras

14 De hecho, el Código Penal colombiano consagra en el inciso final del Artículo 9 la exigencia expresa de que la conducta del inimputable sólo puede ser penalmente si se constata la inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad, con lo cual hace extensivos también para el inimputable los beneficios de las causales de inculpabilidad. Ya antes la Corte Constitucional en Sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

15 Por ejemplo el en el apartado 2 del párrafo 46 del Código Penal alemán. Por el contrario, en el código penal colombiano la carencia de antecedentes penales es una causal de atenuación, pero su existencia no lo es de agravación. Véase CP, numeral 1, Art. 55.

16 Desde la definición clásica, véase Clausewitz (1999). Pasando por otros conceptos que la relativizan con calificativos como "irregular", "no declarada", "civil", "fria", etc., el concepto se ha venido disolviendo, al punto que en la actualidad no existe un único referente semántico del término. En Colombia, la expresión suele ser utilizada para calificar toda estrategia de acción política o jurídica encaminada a combatir un determinado fenómeno, se habla indistintamente de "guerra contra el hambre", "contra las drogas", "contra el terrorismo", "contra el contrabando", "contra la discriminación", "la corrupción", etc.

formas de uso de la fuerza como mecanismo de solución de conflictos.

En consecuencia, si se pretende establecer una diferencia entre un acto de guerra y un delito, ésta residiría en que en el acto de guerra la fuerza la ejerce un enemigo respecto a otro; en tanto que el delito sería una agresión de alguien, que no se ha declarado previamente como contendor, en contra de alguien que tampoco ostenta respecto al primero esa calidad. Así las cosas, cuando un grupo de personas que se ha declarado previamente enemigo de un determinado Estado o de una cultura, y en desarrollo de esa declaratoria de guerra, realiza un acto terrorista en contra de su enemigo declarado y cobra la vida de personas indeterminadas, como ocurrió con los atentados de Nueva York o la Estación de Atocha, no estamos en presencia de delitos, sino de actos de guerra. Esto por cuanto los Estados Unidos y sus aliados, de ante mano, habían calificado a los grupos extremistas autores de los atentados como enemigos y, a su vez, éstos grupos también habían declarado lo mismo respecto a los primeros (Chomsky, 2004).

Si eso es así, es decir, si los actos terroristas llevados a cabo por Al Qaeda no pueden ser calificados como delitos en su sentido tradicional, entonces la reacción que los países occidentales emprendieron en su contra tampoco pueden llamarse derecho penal, por mucho y que la consecuencia de muchos de ellos haya sido la captura y privación de la libertad de algunos de sus enemigos, en la medida en que los individuos que se encuentran en la actualidad privados de la libertad, lo están es en condición de prisioneros de guerra, y no de ciudadanos capturados o detenidos por el derecho penal. Y estas acciones, por mucho que se asemejen a lo que se ha conceptualizado como Derecho Penal del Enemigo, no son éste, sino actos entre

enemigos a secas¹⁷, sin derecho alguno que encajan perfectamente con la definición de guerra de Clausewitz, es decir, que cuando Al Qaeda ataca mediante atentados terroristas a Estados Unidos y sus aliados, así como cuando estos últimos reaccionan con acciones bélicas, de lo que se trata es de actos de hostilidad entre adversarios declarados, y no de conductas criminales. En consecuencia las medidas que se adoptan los Estados agredidos en respuesta a las agresiones no pueden de ninguna manera considerarse derecho penal, porque no lo son; son también actos de guerra, que no responden a la lógica del derecho, sino a la del conflicto armado, que, como se sabe, no consiste ni en la retribución del daño causado, ni en la prevención general futura de nuevos hechos de esta naturaleza, ni en la reincisión del autor, sino en la derrota del enemigo.

Otra cosa es discutir si unos y otros constituyen crímenes de lesa humanidad (Altemir, 1990), si son crímenes de guerra¹⁸, o actos de terrorismo¹⁹, pero parece muy improbable que los mismos puedan definirse como delitos, en el contexto en que se utiliza esta expresión en el ámbito del derecho interno. En consecuencia, si lo que se pretende es describir los actos terroristas de Al Qaeda como acciones de enemigos, y la reacción de los Estados Unidos y sus aliados, como Derecho Penal del Enemigo, lo que se estaría haciendo es equiparando el Derecho Penal del Enemigo con la guerra. Ahora bien, si lo que se quiere es identificar en este tipo de reacciones un Derecho Penal de enemigos, que

17 Así lo reconoció el propio secretario de justicia, John Ashcroft, al señalar que "es fundamental que el gobierno de los Estados Unidos tenga el derecho de declarar a las personas (incluidos los ciudadanos estadounidenses), como combatientes enemigos o terroristas sospechosos y encarcelarlas sin dictarles cargos ni permitir el acceso de abogados y familiares hasta que la Casa Blanca determine que la guerra contra el terror ha culminado con éxito". Tomado de: Tucker (2002).

18 James Petras (2003) califica las acciones de Estados Unidos contra Afganistán y otras contra América Latina como crímenes de guerra.

19 Para Noam Chomsky (2001), éstos y otros muchos actos de fuerza de los Estados Unidos en diferentes partes del mundo no son más que actos terroristas.

no respeta los límites propios del derecho internacional humanitario y que también en este campo se estarían corriendo los límites, como acontece con los fenómenos del derecho interno, entonces de lo que se está hablando no es de Derecho Penal del Enemigo, sino de acciones criminales del Estado para perseguir al enemigo, es decir, de violaciones al derecho internacional humanitario, por parte de los Estados que adoptan esas medidas. Todo esto conduciría a la formulación de un concepto de Derecho Penal de enemigo, por lo menos dos niveles, uno de orden nacional y otro supranacional o internacional, según que se trate de la lucha contra un enemigo interno²⁰ o contra un enemigo externo.

A nuestro parecer, esto desdibuja por completo el concepto inicial, extendiendo su alcance a prácticamente todas las formas de uso de la violencia por parte del poder estatal en la persecución de cualquier fuente de peligro, provenga de donde provenga, con lo cual, no sólo se estaría disolviendo la frontera entre el derecho y la guerra, sino además entre el derecho y el crimen de Estado, en la medida en que, por esa vía, los crímenes cometidos por la Alemania nazi, o los de las dictaduras de Chile o Argentina, bien podrían identificarse como Derecho Penal del Enemigo, puesto que, al fin y al cabo, muchos de ellos respondían a agresiones reales o ficticias, de enemigos, reales o presuntos, que eran percibidos como fuentes de peligro constante para el orden establecido. Semejante conclusión, conduciría a cuestionar la legitimidad de los procesos penales adelantados por tribunales judiciales para juzgar los crímenes cometidos por estos regímenes y abriría la puerta para que, en el futuro, violaciones de este tipo se justifiquen, so pretexto de defenderse del enemigo.

Vistas así las cosas, parece claro que no todo lo que se pretende incluir en la noción de Derecho

Penal del Enemigo puede, en definitiva, recibir esta calificación. Igualmente que no es la peligrosidad social de determinadas personas, ni lo que esas personas hagan, lo que define la condición de enemigo, mucho menos que se puedan equiparar todas las hipótesis de enemigo a partir del tratamiento que el Derecho Penal les dispensa. No cabe duda que pretender extender la noción de Derecho Penal del Enemigo, a todas las hipótesis aquí analizadas, resulta hipertrófico para el concepto, en la medida en que, o bien las personas identificadas como enemigos no lo son, como en el caso de los inimputables, o bien los actos que realizan algunos enemigos no pueden catalogarse de delitos, sino de actos de guerra o crímenes de lesa humanidad, y la respuesta a los mismo no es derecho penal, sino actos de combate. En consecuencia los alcances del concepto, tendrían que delimitarse a partir de unos criterios más definidos, que sean empíricamente verificables y de los cuales se extraigan consecuencias para el derecho penal.

4. ¿PARA QUÉ UN CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Si se toman al pie de la letra los argumentos de Jakobs, en el sentido de que la tarea del científico consiste básicamente en describir fenómenos y no en asumir posturas políticas frente a los mismos, cabría preguntarse ¿qué sentido tiene la introducción del concepto Derecho Penal del Enemigo en el ámbito de la dogmática penal? Es innegable que el mérito de Jakobs consiste en haber articulado un concepto que permite identificar y definir una serie de fenómenos político-criminales que por sus características no caben en lo que tradicionalmente se denomina derecho penal, pero que, de todas maneras, están incorporados a la legislación que lleva ese nombre. Así pues, la expresión puede cumplir en este plano una función meramente clasificatoria, que en últimas sirve para poner en evidencia qué de lo que hay en las legislaciones

20 Para el concepto de enemigo interno, véase Reyes Echandía (1986).

penales es derecho en el sentido tradicional y qué es derecho excepcional o mero ejercicio de la fuerza estatal, porque, como bien lo señala Cancio Meliá (2003: 83), el Derecho Penal del Enemigo vendría a identificar aquello que no es ni puede ser derecho.

Pero esta tarea descriptiva y clasificatoria no es la única que se puede extraer de la elaboración del concepto, en la medida en que la constatación de la existencia en el Derecho Penal de un Derecho Penal de enemigos pone en evidencia otras cuestiones que no pueden perderse de vista si es que se quiere realmente comprender el problema en toda su dimensión. Desde el punto de vista político criminal, lo que pone de manifiesto es que el Estado está recurriendo a formas de ejercicio del poder punitivo, que desde la perspectiva de un Derecho Penal democrático y garantista, resultan inaceptables. La primera pregunta que cabría formularse es ¿por qué esta sucediendo esto? A ello se responde de diversas formas dependiendo de la perspectiva desde la cual se haga el análisis y la posición que se asuma al respecto. En las reflexiones realizadas recientemente por Silva Sánchez (1997: 17-29)²¹ y Cancio Meliá²², desde una perspectiva político-criminal, se llega a la conclusión de que el Derecho Penal del Enemigo es el fruto de un proceso de orientación política de las sociedades occidentales que pretenden afrontar los desafíos de la sociedad del riesgo²³ con medidas de carácter punitivo, en las cuales la imposibilidad de una contención efectiva de los nuevos fenómenos de la criminalidad, con los instrumentos del Derecho

Penal liberal (Silva Sánchez, 2001: 115 y ss), obliga a recurrir a nuevas formas de control más agresivas, que implican un recorte necesario de garantías, acompañado del incremento de la violencia, es decir, un aumento tanto de las prohibiciones como de las penas.

Estas posturas no difieren sustancialmente de la de Jakobs en cuanto a la explicación del fenómeno se trata. En lo que sí hay divergencias es respecto a por qué el fenómeno se está produciendo, en la medida en que, mientras Jakobs asume que efectivamente han surgido formas nuevas de criminalidad que por sus características están muy cerca de la abierta confrontación bélica de un enemigo y no meramente de una disfunción del ciudadano (Jakobs, 2003: 33), Silva considera que buena parte de la cuestión es puramente simbólica y se corresponde más con una sensación de riesgo que con la existencia de un riesgo real, si bien no descarta la existencia de nuevos riesgos respecto a los cuales bien se puede pensar en soluciones que no siempre, o no necesariamente, tengan que ajustarse a los cánones del "buen Derecho Penal liberal" (Silva Sánchez, 2001: 149 y ss), sí se debe procurar su mantenimiento, cuando menos en un núcleo específico. La idea es que siempre que se afecte la libertad física del individuo se deben respetar estas garantías (Ibíd.: 159) y, en consecuencia, sólo de manera muy excepcional, se podría legítimamente acudir a la "tercera velocidad", cuando se trate de casos extremos (Ibíd.: 163 y ss). En una posición más radical, Cancio Meliá le niega toda posibilidad de legitimidad a un Derecho Penal de enemigos, desde el entendido de que, o el Derecho Penal es un derecho de garantías o no es Derecho Penal y, entonces, si el Derecho Penal del Enemigo pretende ser un derecho sin garantías, no es ni puede ser derecho y será siempre ilegítimo (Cancio Meliá, 2003: 89 y ss).

En Colombia, Alejandro Aponte presenta un enfoque algo diferente (Aponte, 2005), desde una perspectiva criminológica. Para este autor,

21 Igual en; *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal, en entre el funcionalismo y el principalismo, y las instituciones dogmáticas*, ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2002, p.60 y ss.; también, en, *La expansión...*, ed. Cit.

22 Además de la bibliografía citada, también; Manuel Cancio Meliá, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*; en *El sistema funcionalista del derecho penal, II curso internacional de Derecho penal* ed. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Universidad de Piura/ed. Grijley, Lima, 2000, p.18 y ss.

23 Monográficamente, Blanca Mendoza Buergo; *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

el denominado Derecho Penal del Enemigo, se corresponde con una perversión de los límites entre guerra y política, combate y derecho penal. El autor señala que esta confusión no es para nada nueva en Latinoamérica, y es más bien práctica común en países como Colombia, al que toma como modelo de sus reflexiones, por ser éste un caso “paradigmático” de esta práctica. Aponte se hace eco de los planteamientos hechos por los sociólogos colombianos que parten de entender que en el país la guerra no es una forma de hacer política, sino a la inversa (Sánchez, 1991: 14), es decir, que la política es en ocasiones una estrategia de guerra²⁴. Esto conduce, según el autor, a una alteración de las relaciones entre guerra y derecho que implica, cuando menos en el caso colombiano, que la guerra y el derecho no estén tan separados, ni sean excluyentes.

En esta ubicación contextual, el Derecho Penal del Enemigo es una manifestación más del eficientismo penal²⁵, que es entendido, en términos muy simples, como la obtención de resultados a cualquier costo. Según el autor comentado, el eficientismo se articula en el “Derecho Penal de emergencia”²⁶, que es entendido como una forma de ejercicio del poder punitivo del Estado que no consulta las necesidades de prevención de determinadas formas graves de afectación de los

bienes jurídicos fundamentales del individuo o la colectividad, sino que se usa como mero instrumento al servicio de intereses políticos particulares o coyunturales (Aponte, 2005: 33 y ss). Para el caso colombiano, el autor entiende que el eficientismo es la manera más habitual del ejercicio del derecho penal, especialmente en el tratamiento que se le ha dado al conflicto armado y a determinadas manifestaciones de criminalidad que han terminado por refundir la estrategia bélica con el ejercicio de la función punitiva, al punto que al actor armado se le da indistintamente el tratamiento de enemigo, si está en combate, o de delincuente, si es capturado y puesto a órdenes de las autoridades judiciales. Pero, en este último caso no se lo somete a un proceso ordinario con las garantías del Derecho Penal liberal, sino a uno con grandes restricciones de sus derechos, es decir, que se somete al Derecho Penal del Enemigo.

Las perspectivas planteadas, perfilan cuatro maneras distintas de percibir el “Derecho Penal del Enemigo”, la primera (Jakobs), que lo entiende como una nueva forma de ejercicio del derecho penal, que al lado de la “forma tradicional” debe obtener un reconocimiento y ser objeto de análisis científico y de construcción dogmática, para evitar que se confunda con el Derecho Penal del ciudadano; la segunda (Cancio Meliá), que lo identifica como aquello que no es ni puede ser derecho penal, que encontraría la utilidad del concepto en permitir identificar qué de lo que hay en la legislación penal es y qué no derecho penal; en tercer lugar (Silva Sánchez), se entiende el Derecho Penal del Enemigo como clase de Derecho Penal que pretende afrontar determinadas formas excepcionales de criminalidad, que requieren de medidas más drásticas que las del Derecho Penal garantista, pero que sólo es aceptable en forma transitoria y excepcional; y en cuarto lugar (Aponte), aquella que entiende que el Derecho Penal del Enemigo no es cosa distinta que una estrategia eficientista complementaria a la estrategia militar, mediante la cual se pretende combatir al enemigo interior.

24 La literatura sobre el conflicto armado colombiano y sus implicaciones en todos los ámbitos es inabordable; de entre muchos, Véase Gonzalo Sánchez/Ricardo Peñaranda; Pasado y presente de la violencia en Colombia; Ed. CEREC; Bogotá, 1991; también, Francisco Leal Buitrago; Estado y política en Colombia; Ed. Siglo XXI; Bogotá, 1989;

25 El tema del eficientismo en el derecho penal ha sido ampliamente debatido en Colombia, Véase Entre otros; Véase Juan Fernández Carrasquilla, Principios y normas rectoras del derecho penal, ed. Leyer, Segunda Edición, Bogotá, 1999; p.18; también, Mauricio Martínez Sánchez; Estado de derecho y política criminal, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995; Aponte, El eficientismo...; ed., cit.; Manuel Salvador Grosso García; La reforma del sistema penal colombiano, la realidad detrás de la imagen; Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999; pp. 57 y ss.

26 Sobre éste concepto, véase Alessandro Baratta; Política criminal, entre la política de seguridad y la política social en países de grandes conflictos sociales y políticos” En, Ciencias Jurídicas, Seminarios No 9; Bogotá, 1998; pp. 63 y ss.

5. ¿UNA NUEVA DENOMINACIÓN PARA UNA VIEJA PRÁCTICA?

Todas estas perspectivas, si bien difieren tanto en la percepción y descripción del fenómeno, como en la posición que asumen frente al mismo, tienen en común reconocer la existencia de un conjunto de normas que definitivamente no se corresponde con lo que tradicionalmente se acepta que debe ser el Derecho Penal de un Estado democrático de derecho. Y en todas ellas es dable percibir una preocupación por distinguir con alguna claridad lo que es el Derecho Penal del Enemigo, de lo que es, o debería ser, un Derecho Penal del ciudadano. Las cosas se perciben diferente si se reconducen los análisis por los otros causes epistemológicos, es decir, si se separa la descripción del fenómeno de los intentos de explicación del mismo desde el plano teórico. Porque una cosa es hacer una descripción de lo que se denomina Derecho Penal del Enemigo y otra muy distinta pretender elaborar teóricamente el concepto a partir de esa descripción, por cuanto, muy a pesar del propio Jakobs, la tarea del científico no es sólo describir realidades, sino también confrontar críticamente el Derecho Penal real, con el ideal o de deber ser, para establecer qué tan legítimo o válido resulta el primero, a la luz del segundo²⁷, es decir, que una cosa es constatar un fenómeno y otra muy distinta teorizar sobre él.

Una mirada a la panorámica descrita por los autores que se han ocupado del tema permite concluir que si por Derecho Penal del Enemigo se debe entender el uso abusivo e hipertrófico del Derecho Penal como instancia de solución de conflictos, mediante la inflación punitiva, el recorte de garantías y el incremento desmedido de las penas, habría que decir que el Derecho Penal del Enemigo no es nada nuevo y que, por

el contrario, se trata de una vieja práctica contra la cual ha venido librando su lucha del Derecho Penal liberal desde sus inicios²⁸. La denuncia de la existencia de esa clase de derecho penal, que no puede ser aceptada válidamente como tal, se viene haciendo desde las toldas de la criminología y el Derecho Penal crítico, cuando menos desde la década de los setenta, con las denominaciones de Derecho Penal de aquietamiento, huida al derecho penal y terror penal (Zaffaroni, 1989: 103). Con todas estas expresiones se ha designado un fenómeno mediante el cual los gobiernos, para acallar la crítica o apaciguar la opinión pública frente a situaciones específicas que causan alarma social, se valen de la expedición de normas penales o la adopción de medidas de emergencia, generalmente de carácter represivo, distraiendo a la opinión mediante el argumento de la necesidad de una mayor represión punitiva, para “resolver el problema”²⁹, para lograr un fuerte impacto de opinión³⁰. Los ejemplos son abundantes en los países de régimen políticos inestables como Colombia, donde casi todo el Derecho Penal existente se ha expedido de esa manera.

A este fenómeno Fernández Carrasquilla lo denominó la “huida al derecho penal”, y lo describe como el abandono de los principios y garantías fundamentales del Estado de derecho, en pro de un endurecimiento de las respuestas punitivas

²⁸ Es justamente contra esa manera de hacer el derecho penal que escribió su discurso Becaria y es esa forma de hacer el derecho penal, lo que han venido denunciando los penalistas liberales a lo largo de toda la historia; al respecto Véase Juan Fernández Carrasquilla, *La solución penal de los conflictos sociales*, en *Concepto y límites del Derecho Penal*, ed. Temis, Bogotá, 1992.

²⁹ Véase Claus Roxin, *política criminal y estructura del delito*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, ed. PPU, Barcelona 1992, pp. 9-63; también Mauricio Martínez Sánchez, *Estado de derecho y política criminal*, ed. cit.; recientemente, Iván González Amado, *Constitución y política criminal*, en *XX Jornadas internacionales de derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, pp. 67 y ss.

³⁰ Sobre el concepto de imagen y su manipulación política por el poder de turno, Crf. Juan Manuel López Caballero, *Antimemorias ob. Cit*, también, del mismo, *La violencia en los 90*, Bogotá, 1998, sin datos de editor.

²⁷ Muy acertado en este punto, Juan Fernández Carrasquilla; *¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?*; en *Poder y Control* No 0; ed., cit., pp. 267-289.

del poder frente a conflictos no resueltos. Tal cosa es, a no dudarlo y como el mismo autor lo señala “una regresión histórica y política”, que lejos de resolver los problemas, lo que crea es entuertos que agudizan más el conflicto social y generan un clima de violencia generalizada altamente peligroso para la estabilidad pacífica de la sociedad³¹, en la medida en que de ella se deriva una curiosa retroalimentación, por cuanto es la propia sociedad la que termina reclamando medidas más duras³² para solucionar los problemas. Entre los discursos más recurrentes se cuentan: los de la defensa social, la defensa institucional, la doctrina de la seguridad nacional³³ y la “seguridad ciudadana”, que rescata la importancia del orden jurídico y su papel en el mantenimiento de la seguridad y el orden, pero caracteriza el papel del derecho penal,

no como un conjunto de garantías encaminadas a proteger los derechos del procesado frente a la potestad punitiva estatal³⁴, sino como un conjunto de herramientas legales de las que dispone el Estado para proteger al ciudadano del peligro que representa el delincuente³⁵.

Si eso es el Derecho Penal del Enemigo, entonces habría que concluir que el Derecho Penal del Enemigo ha existido siempre y en todos los estados democráticos modernos, si bien su uso se acentúa más en unas sociedades que en otras, según las necesidades de “pacificación” que tenga cada una de ellas. Todo esto implica una negación de lo que debe ser el Derecho Penal de un Estado democrático de derecho³⁶. Por tanto, si en ese mismo marco epistemológico se afirma que el Derecho Penal del Enemigo surge de un déficit de pacificación, esto implica aceptar tácitamente que entre el Estado que promulga la legislación y su destinatario existe una confrontación o guerra³⁷.

31 La literatura respecto del derecho penal como reproductor de conflicto es abundantísima, Cfr especialmente, J. E. R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 25 y ss., también, Jorge Arenas Salazar, *Política criminal y dogmática, incorporación de los conocimientos de política criminal en la estructura dogmática penal*, en *Lecciones de criminología*, ed. Temis, Bogotá, 1988 pp. 35 y ss., Alessandro Baratta, *Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa*, en *Criminología Crítica*, primer seminario, Ed. Universidad de Medellín, 1984, pp. 3 y ss.

32 Recientemente se ocupa del tema Víctor González Martín; *Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”*; en, *La política criminal en Europa*; ed., cit., pp. 59-89.

33 So pretexto de “defender las instituciones” el gobierno de Turbay Ayala promulgó el Estatuto de Seguridad, Decreto Legislativo No 1923 de 1.978, que entregó el juzgamiento de civiles a las Fuerzas Armadas, fue también invocando la defensa de las instituciones, que bajo el gobierno de su sucesor las Fuerzas Armadas se retomaron el Palacio de Justicia y masacraron a los representantes de nuestros más altos tribunales de justicia. Esta no es otra cosa que una versión criolla de la doctrina de la seguridad nacional formulada por los Estados Unidos para defender su política de seguridad frente a la “guerra fría”, rezaba que “la seguridad del Estado se debe resguardar en las fronteras, en contra del ciudadano que la ponga en peligro” Véase Acta de Seguridad Nacional, de 1947, en Marcus G. Raskin, *La política de la seguridad nacional*, trad. Francisco Leal B. ed. Transaction Books, New Jersey, 1.871, p.31. La doctrina apuntaba a la configuración del “enemigo interno”, y propugnaba por la intervención militar estadounidense para la lucha contra ese enemigo. Véase Alfonso Reyes Echadía, *Legislación y seguridad nacional en América Latina*, en *Poder y Control*, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social, prevención y teorías de la pena, presente y alternativas, No 0 1986, ed. PPU, Barcelona, 1986, Pp. 251-260.

34 Ya desde Von Liszt en su “programa de Marburgo” Cfr., *La idea del fin...*; ed., cit.; o con renovada vigencia hoy en el derecho penal garantista, véase *Por todos* Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, ed., cit.

35 Véase Jaime Giraldo Algel, *Desjudicialización como mecanismo para combatir la impunidad*, en, *Derecho penal, terrorismo y legislación*, ed. Universidad Nacional, Bogotá, 1.991, pp. 17-24.

36 De la inabordable bibliografía; cfr.; Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad., Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos bayón Mohino/Juan Terradillos/Rocío Cantarero; ed. Trotta, Madrid, 1995; en especial, pp. 851-905.; del mismo; *El Derecho penal mínimo*, en *Poder y Control*, No 0, Ed., PPU, Barcelona, 1986, p.35 y ss.; Alessandro Baratta, *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, sin datos del traductor, en *Nuevo Foro penal*, año VIII, No 34, octubre-diciembre de 1986, P.421 y ss.; en el mismo sentido, Juan Fernández Carrasquilla “Los derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Números. 26/27, Universidad de Granada, 1986/87; Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, ed. Ariel, derecho, Barcelona, 1994.

37 Las implicaciones de esta idea en Jürgen Habermas; *Factualidad y validez*, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de discurso; Trad. Manuel Jiménez Redondo; ed. Trotta; Madrid, 1998; pp. 78 y ss.

6. UN NUEVO ALCANCE PARA EL CONCEPTO

Las cosas pueden verse de manera diferente, si se analizan desde la perspectiva de la realidad, y no desde las ficciones de un estado ideal de derecho o de un modelo ideal de sociedad, como lo hace Jakobs³⁸. Hoy día es aceptado, de manera más o menos generalizada, que asistimos al advenimiento de una nueva época, o por lo menos, de una nueva versión de lo que se suele denominar “la modernidad”³⁹. Este nuevo estadio se identifica en términos sociológicos y políticos como la “sociedad del riesgo”⁴⁰, y es el punto de partida de muchas de las reflexiones que se incorporan al estudio y explicación del Derecho Penal del Enemigo⁴¹. Esta sociedad del riesgo presenta unas características

que ya no pueden ser descritas satisfactoriamente a partir de los diferentes modelos conceptuales elaborados durante la modernidad (Marx, Weber, Durkheim, Parsons), y requiere de nuevas conceptualizaciones, que bien se pueden articular en conceptos como “posmodernidad” (Lyotard, Jameson, Vattimo), “constelación posnacional” (Habermas)⁴², o “modernidad reflexiva” (Giddens, Lash, Beck)(Beck, 2002), todos los cuales coinciden desde diferentes perspectivas, en presentar un panorama plagado de contradicciones y paradojas en todos los campos.

Entre los componentes que caracterizan esta “nueva” modernidad, están la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, la igualación, el surgimiento de nuevos riesgos globales y la trasnacionalización de los problemas políticos (Beck, 2002: 173 y ss). Todo este proceso, implica un tremendo choque de culturas. La globalización no sólo significa la unificación del espacio, sino también del tiempo, y con ello la ruptura de las fronteras entre las tradiciones. Oriente y occidente, el centro y la periferia, el primero, el segundo y tercer mundo, se ven repentinamente unificados en un mismo espacio y tiempo que implica que la premodernidad, la modernidad y la posmodernidad, o “nueva” modernidad, convivan simultáneamente y se arropen con un mismo manto global. No cabe duda de que el encuentro de las diversas épocas, tradiciones y culturas, unido a la completa redefinición de los poderes político y económico conduce necesariamente a la confrontación. Pero esta confrontación tiene a su vez nuevas características y responde a una nueva lógica.

38 Es notoria la relevancia que le concede el autor a las ficciones del pacto social elaboradas por Hobbes y Kant, que en modo alguno se corresponden con los modelos de sociedad real y que ni siquiera son los únicos disponibles. Para una crítica sobre este punto Véase Zaffaroni; ¿Es posible...; ed., cit.

39 Introduce la discusión en el campo de la filosofía, Jean Francois Lyotard; La condición postmoderna, trad. Mariano Antolín Rato, Ed. Cátedra, México 1989, -- La posmodernidad (explicada a los niños), trad. Enrique Lynch, Ed. gedisa, Barcelona 2 ed. 1994; Giani Vattimo; El fin de la modernidad, Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna, Ed. gedisa, trad. Alberto L. Bixio, Barcelona 1991; del mismo, Ética de la Interpretación, trad. Teresa Oñate, Ed. Paidós, Barcelona 1991, con otros autores en torno a la posmodernidad, Ed. Anthropos, Barcelona 1991; ; Frederic Jameson El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado, Ed. Paidós, trad. Pardo Torio, Buenos Aires 1992G. Steiner en el castillo de Barba azul, aproximación a un nuevo concepto de cultura, ed. Gedisa, trad. de Alberto L. Bixio, Barcelona 1991, igualmente J. María Beneyo, Apocalipsis de la modernidad, el decisionismo político de Donoso Cortés, Ed. gedisa, Trad. de Alfredo Badéz, Barcelona 1993; para una discusión en América Latina, Norbert Lechner, “Un desencanto llamado postmodernismo”, en Debates sobre Modernidad y Postmodernidad, Ed. Nariz del Diablo, Quito 1991, pp 31–55.

40 La expresión fue introducida con fortuna por Ulrich Beck, La sociología del riesgo, hacia una nueva modernidad, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Ma Rosa Borrás, ed. Paidós, Barcelona, 1998; otra perspectiva en ; Gotthard Bechmann, Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo, trad. Donostia-Ikaskuntza, en Cuadernos de sección. Ciencias sociales y económicas, No 2 p.59–98.

41 Introducido por Silva Sánchez, La expansión..., ed. Cit.; lo siguen Cancio Meliá; ¿<derecho penal...; ed., cit., pp. 62 y ss.; monográficamente Mendoza Buergo; El derecho penal...; ed., cit.

42 Véase J. Habermas, Los estados posnacionales, Ed. Cátedra, trad. Manuel Jiménez Redondo, México 1993; del mismo problemas de legitimación del capitalismo tardío Ed. península trad. R. García Cotarelo, Barcelona 1985, igualmente M. Foucault, Sobre la justicia popular en Un dialogo sobre el poder, Ed. Alianza, trad. de Miguel Morey, Madrid, 1988, pp 20–58

Todo esto implica una redefinición de conceptos que resultan nucleares en la política criminal y el derecho penal, entre ellos los de "riesgo", "responsabilidad", "seguridad" y "confianza". En los esquemas del Derecho Penal tradicional moderno, que partía de una pacificación suficiente, se entendía que los riesgos que podían amenazar la seguridad y deteriorar la confianza individual o colectiva de una sociedad, sólo podían provenir de una amenaza externa o interna. A la primera se respondía con los instrumentos del derecho internacional o con la guerra, regulada en todo caso por el derecho internacional humanitario, que establecía la responsabilidad del agresor y lo sancionaba. Por su parte, la amenaza interna, entendida en términos de creación de riesgos desaprobados por parte de ciudadanos, encontraba su respuesta en el Derecho Penal que, mediante el proceso de imputación jurídico-penal, establecía la responsabilidad individual del autor y lo sancionaba con la pena, buscando siempre el restablecimiento del orden quebrantado, teniendo como límite la retribución justa del daño causado. El restablecimiento de la vigencia del orden establecido, es decir, la seguridad, garantizaba o mantenía la confianza en el orden establecido.

En el actual estado de cosas todo esto de se desdibuja. Resulta indiscutible que la distinción entre riesgo interno y externo, como diferencia directriz⁴³ que permitía distinguir el Derecho Penal de la guerra, es por completo inadecuada para describir las nuevas realidades que le plantea "la sociedad del riesgo global". De la misma manera, el concepto de "culpabilidad", entendido en términos de autorresponsabilidad personal individual, como fundamento único de la sanción penal, resulta cuando menos insuficiente para responder a los desafíos de una sociedad caracterizada en términos de riesgo global. Por último, el binomio

seguridad-confianza ya no depende de las acciones que emprenda el Estado para la protección externa, ni de las que adopte el Derecho Penal para la protección interna, en la medida en que la indeterminación de las fuentes de riesgo hace extremadamente contingente la posibilidad de dar una respuesta que garantice, siquiera en términos simbólicos, la recuperación de la seguridad y el restablecimiento de la confianza. La sensación que todo esto produce es el desconcierto y la primera reacción es de pánico, a ello se responde por parte de las instancias del poder político con medidas de contención, que al endurecer el tratamiento que se le da a las diversas expresiones de conflicto intenta transmitir el mensaje de que las cosas están bajo control, es decir, que a los nuevos desafíos que le plantea la sociedad del riesgo global se responde con viejas estrategias del Derecho Penal de contención o aquietamiento y, en casos extremos con el terror penal, o lo que es lo mismo, con el Derecho Penal del Enemigo.

Sobra decir que esta estrategia está por completo destinada al fracaso. Si el Derecho Penal de emergencia fracasó en el pasado, está inexorablemente condenado a fracasar en el presente, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad, el déficit de pacificación no nace de una pacificación insuficiente, sino de la expresión de una nueva realidad que comporta un replanteamiento de todos los conceptos que articulaban el discurso de la modernidad, es decir, del surgimiento de un nuevo estado de cosas en el que aún no es claro cual será el baremo pacificador⁴⁴ en el que el Estado desempeña un papel diferente del que se le asignaba al Estado-nación. Por su parte, las relaciones Estado-individuo son igualmente redimensionadas, en la medida, en que ya no son aplicables las diferencias directrices de la modernidad que distinguían entre el súbdito y el extranjero, el

43 Usamos la expresión en el sentido que la acuñó Luhmann (1991: 29 y ss).

44 Al respecto Jürgen Habermas. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1992.

ciudadano y el enemigo, en la medida en que la individualización y la transnacionalización de estas relaciones hacen que la posición de un individuo o una corporación en relación con un Estado se redefina a partir de los roles que cada uno cumpla en el proceso comunicativo. De esta manera, los conceptos "ciudadano", "delincuente" y "enemigo", tienen también una dimensión distinta, y ya no es dable diferenciarlos a partir de los criterios tradicionales. En consecuencia, las nociones de "guerra" y "derecho penal" tampoco son las mismas, por tanto, los presupuestos filosóficos, políticos y jurídicos con los cuales se debe llevar a cabo el análisis de todo ello tienen que ser diferentes, en la medida en que los conceptos tradicionales a partir de los cuales pretende articularse su crítica resultan por completo insuficientes.

Esto se puede constatar con facilidad al analizar los procesos de elaboración de las normas penales de enemigo. Ocurre que, si bien buena parte de esa legislación se expide al amparo de facultades excepcionales y muchos de sus preceptos son abiertamente violatorios de disposiciones constitucionales, también lo es que la mayoría de esta legislación ha sido promulgada en ejercicio de facultades constitucionales por un legislador parlamentario, con arreglo a todos los requisitos formales y materiales para la promulgación de la ley, debidamente sancionada y sometida a examen de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional que la ha encontrado en su gran mayoría ajustada a la Constitución⁴⁵. De esta manera, y desde los parámetros de lo que debe ser el Derecho Penal democrático en la concepción del Estado de derecho (Puig, 1994) la legislación penal de enemigo que se expide y pone en vigencia en el marco institucional sería en principio válida y legítima (Baratta, 1986). Vistas así las cosas, le asistiría razón a Jakobs cuando reclama que esas normas

deben ser consideradas derecho penal, así sea de enemigo, so pena de tener que redefinir cómo se llama lo que el Estado hace para defenderse de los terroristas (Jakobs, 2003: 42).

Resulta evidente que si el Derecho Penal del Enemigo de hoy se corresponde con la lógica de un nuevo orden mundial, caracterizado por la sociedad del riesgo global, los presupuestos filosóficos desde los cuales se pretenda hacer su análisis y crítica tienen que corresponderse con esa misma lógica. Esto quiere decir que los referentes de validez y legitimidad del Derecho Penal ya no pueden buscarse en las ideas del "viejo y buen Derecho Penal liberal" de los Estados nacionales, sino que hay que encontrarlos en la base filosófica y política de la sociedad del riesgo global de los Estados posnacionales, la globalización de los riesgos, la individualización y la unificación. Todo esto implicaría la búsqueda de unos principios filosóficos universales, que tengan la suficiente capacidad de rendimiento para poder invocarlos válidamente, como fuente de legitimación o criterio deslegitimador de la consagración de normas de carácter punitivo con pretensiones de aplicación y validez global.

Esta cuestión ya ha sido abordada por el propio Jakobs (2000: 35 y ss), quien se muestra escéptico frente a la posibilidad de encontrar un marco común real para un Derecho Penal internacional o transnacional, sobre el entendido de que en realidad no existe ni es posible que en el cercano plazo exista una sociedad global única, en la medida en que históricamente cada sociedad se ha aglutinado en torno al seguimiento de distintas normas, y, si bien es dable percibir las influencias que las diferentes sociedades intercambian en esta materia, de ello no se puede asegurar que hacia el futuro estarán todas aglutinadas bajo las mismas normas. Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Penal en concreto, el problema radica en la imposibilidad de homogenizar las expectativas normativas a partir de las cuales se entienda quebrantada una norma

45 Así ha ocurrido expresamente en Colombia con la casi totalidad de la legislación de emergencia en los últimos 10 años.

en el sentido que el Derecho Penal exige para imponer una pena, tratándose de sociedades con culturas diversas (Ibíd.: 36–37). Otra cuestión aún más problemática es la de asumir la violación a los Derechos Humanos como marco de referencia. El problema que esto último plantea, según el autor, es que se está tomando como punto de partida un marco de referencia ideal, que no constituye en estricto sentido una norma, por cuanto no es dable demostrar, ni siquiera en forma más o menos general, que los Derechos Humanos, tal y como los concibe la sociedad occidental, se encuentren incorporados normativamente a todas las sociedades que se integran en la sociedad global, y si ello es así al aplicar penas por la violación de estos derechos en sociedades donde los mismos no se encuentran realmente establecidos normativamente, se estaría violando el principio *nulla pena sine lege y*, en consecuencia, esto no sería derecho penal (Ibíd.: 39).

También se ha ocupado de ello Silva Sánchez (2002: 59–80), quien entiende que el desafío de la globalización, tanto de los fenómenos criminales como de la respuesta punitiva a los mismos, demanda igualmente una internacionalización de la dogmática, que permita dar una respuesta satisfactoria a ambos fenómenos. Llama este autor la atención sobre el problema del multiculturalismo y los límites que esto plantea para la construcción de una dogmática “supracultural o intercultural” y una política criminal “supracultural o intercultural” (Ibíd.: 62–63). No obstante lo anterior, tercia a favor de la posibilidad de construcción de un modelo de esa índole, que tenga como marco de referencia filosófico los derechos inherentes a la persona, y su protección y garantía como finalidad de cualquier Derecho Penal concebible (Fernández Carrasquilla: 1986). Pero el propio autor reconoce las dificultades de esta propuesta, dado el carácter evidentemente “eurocentrista” de este concepto (Silva Sánchez, 2002: 62 y ss).

Lo que todo esto pone en evidencia es que el Derecho Penal del Enemigo no es cosa distinta que una estrategia de poder, encaminada a imponer una ideología, utilizando el Derecho Penal como instrumento de configuración social, es decir, haciendo del Derecho Penal justamente lo que éste no debería ser (Aponte, 2005: 61 y ss). De nuevo, si lo que el Derecho Penal del Enemigo denota es un déficit de pacificación, significa que la norma, cuya vigencia contrafáctica se quiere imponer, no es, como el propio Jakobs lo demanda, “una norma establecida en la comunicación con anterioridad al hecho” (2000: 39), sino una norma que se pretende establecer mediante la imposición de la sanción penal. Si el enemigo es quien no se ha pacificado y esa pacificación consiste en obligar a determinados individuos a que adopten unos valores que les vienen impuestos desde fuera, o que por lo menos no comparten o aceptan, o no están dispuestos a compartir o aceptar, habría que concluir que lo que advierte Jakobs al describir el Derecho Penal de la sociedad del riesgo global como Derecho Penal del Enemigo, es que el Derecho Penal está dejando de ser un instrumento para mantener el orden social y se está convirtiendo en un instrumento de pacificación de la sociedad.

La paradoja que todo esto encierra es que si se toma como marco de referencia la defensa de los Derechos Humanos fundamentales como criterio legitimador de lo que puede ser o no Derecho Penal en la sociedad del riesgo global, para rechazar como Derecho Penal ilegítimo todo aquél que se encuentre encaminado a proteger o imponer intereses distintos de estos derechos, es que se terminaría por legitimar el Derecho Penal del Enemigo, en la medida en que la razón que se invoca para justificar este tipo de derecho es precisamente que sus destinatarios no se comportan como ciudadanos, porque atentan gravemente contra esos Derechos Humanos fundamentales. No de otra forma se puede llamar un Derecho Penal que pretenda imponer el reconocimiento y el respeto

de los Derechos Humanos a quien no los concibe o no los reconoce como tales. Un Derecho Penal que tenga como marco de legitimación los Derechos Humanos es un Derecho Penal contra los enemigos de los Derechos Humanos, y las sanciones que les impone a quienes por convicción violan esos derechos no son penas, sino actos de pacificación forzosa (Jakobs, 2003: 51 y ss).

Esta paradoja ya la había puesto en evidencia Radbruch (1992: 8 y ss), al ocuparse del problema de la democracia frente a una voluntad popular que quisiera renunciar a ella, concluyendo que una democracia puede hacerlo todo menos renunciar a ser democracia. En ese marco, un Derecho Penal del Enemigo puede imponer a sus enemigos la vigencia de los Derechos Humanos, pero sólo si para hacerlo no le viola los Derechos Humanos a aquel a quien se los pretende imponer. Esto significa que si el marco de referencia del Derecho Penal de la sociedad del riesgo global encuentra su fuente de legitimación en la protección de los Derechos Humanos, éste tendría que configurarse de manera tal que sólo pueda imponer esa vigencia a partir del reconocimiento de esos derechos a aquel a quien se le dirige la norma, lo cual conduce a otra paradoja, por cuanto la única manera de que al destinatario del Derecho Penal del Enemigo se le pueda imponer válidamente la vigencia de la norma es a condición de que se lo trate como persona, es decir, que se le reconozcan aquellos derechos que se le reclaman a él que reconozca y por cuya violación se lo juzga.

El caso colombiano resulta de nuevo muy ilustrativo para la comprensión de la dinámica del Derecho Penal del Enemigo en los términos que aquí se describen. El Estado confronta a las guerrillas con estrategias de guerra de la más diversa índole; asimismo, les reclama que respeten el Derecho Internacional Humanitario y denuncia las violaciones de éste de manera constante (Zuleta, 1991: 179). Sin embargo, cuando un guerrillero es capturado por los organismos de seguridad

o la policía judicial, se le envía a un centro de detención penitenciario y se le somete a un proceso penal, juzgándolo como un delincuente, a pesar de que esas organizaciones subversivas han declarado en forma reiterada que no reconocen la Constitución Política vigente en Colombia, ni a sus autoridades, es decir, que tal y como se queja Jakobs, a un enemigo declarado, se lo convierte repentinamente en ciudadano, para poder castigarlo (Jakobs, 2003: 54-55). No obstante, si el Estado realiza algún tipo de negociación o acuerdo con el grupo guerrillero, no tiene problema alguno en sacar de la prisión al guerrillero condenado y canjearlo, como si de un prisionero de guerra se tratara (Roll, 2001). Es decir, que la condición de ciudadano y enemigo es perfectamente intercambiable según las circunstancias, las necesidades o las conveniencias. De hecho, algunos de los miembros de organizaciones subversivas –que en el pasado realizaron crímenes tan atroces como la toma del Palacio de Justicia (Jimeno, 1989)– fueron amnistiados o indultados y ocupan hoy escaños en el Congreso.

Lo que todo esto pone en evidencia es que, contrariamente a lo que plantea Jakobs, el enemigo no es solamente alguien que ya no es confiable porque su constante defraudación de las expectativas hace pensar que hacia futuro no se conducirá como persona. Esa descripción puede ser válida para explicar algunas formas de enemigo que surgen de la misma sociedad, pero resulta por completo inadecuada para explicar otros eventos en los cuales el enemigo nace con esta condición o se ve abocado a asumirla porque la realidad se lo impone.

De nuevo con el caso colombiano, muchos de los guerrilleros que combaten hoy al Estado son la segunda generación que nació en la guerrilla y que no han tenido ocasión de un proceso de socialización distinta que la de la vida irregular en condición de subversivo; otros lo son porque han sido reclutados por la fuerza y se ven compelidos

al combate (Marulanda, 1991). Igual acontece con las personas incorporadas al cultivo y producción de narcóticos conformada en su mayoría por campesinos desplazados por la violencia que viven en zonas sin presencia del Estado y con influencia de grupos armados, y son forzados a esta actividad so pena de un nuevo desplazamiento forzado o de la muerte (Arrieta, 1990). Otro tanto cabría decir de algunos grupos islámicos radicales que han sostenido enfrentamientos ancestrales con pueblos rivales, como ocurre con los libios o los palestinos, que desde niños son adiestrados tanto en el manejo de armas y explosivos como en su odio hacia los israelitas y sus aliados occidentales. ¿Puede afirmarse válidamente que en estos casos se trata de personas que han abandonado el seguimiento de la norma y respecto a las cuales ya no es confiable que se comporten como personas? Y si definitivamente son enemigos, es decir, no son personas, ¿cómo es que se los juzga y se les impone una pena como si de personas se tratara?

Creemos que la respuesta se encuentra en el hecho de que los conceptos de "ciudadano" y "persona" tienen en la posición de Jakobs un alcance bastante restringido, que es fuente de no pocas confusiones y críticas. Haciendo eco de la distinción que realiza Luhmann entre sistema psíquico y persona⁴⁶, Jakobs usa el término "persona" en un sentido muy restringido, para identificar con ella al individuo que se encuentra incorporado a un sistema social y que, en consecuencia, se encuentra sujeto a un sistema de expectativas de acción de carácter normativo⁴⁷, que hace dable esperar, en forma más o menos confiable, que se comportará

de acuerdo con esas expectativas. En consecuencia, quien bien no está incorporado al sistema o se aparta radicalmente de él, considerarlo como persona, es decir, que perdería o no alcanzaría el reconocimiento necesario para adquirir ese estatus. Lo que cabría preguntarse de cara a esta concepción es ¿qué estatus tienen los seres humanos que no son personas? En la lógica de Jakobs serían enemigos, pero esa categoría nada dice por sí misma en la medida en que, como ya se señaló aquí, si la condición de enemigo no está referida al Derecho Penal o a la guerra, no significa nada por sí misma; además, no hay manera alguna de demostrar que todo el que abandone el status de ciudadano, o que no lo asuma, necesariamente sea enemigo, como claramente lo evidencian las tradiciones ascéticas de ciertas comunidades religiosas que practican el aislamiento, renunciando a esa condición, sin que por ello puedan considerarse enemigos, muy a pesar de que respecto a ellos no sea ya confiable que "cognitivamente se comporten como personas".

Pero esta no es la única lectura posible de las ideas de Luhmann, ni siquiera es la más adecuada. El propio Luhmann le da un alcance distinto a todos estos conceptos, que resulta de gran utilidad para entender el porqué del tratamiento diferenciado que el Derecho Penal del Enemigo le da al destinatario de la norma, antes y después de que ésta es quebrantada. Si se examina la idea de "sistema psíquico" con la que este autor identifica al individuo que no se encuentra incorporado a un sistema social, resulta evidente que no se corresponde con lo que tradicionalmente entiende el derecho que es una persona. No obstante, de ello no se sigue necesariamente que quien no es persona esté excluido del sistema social, y hay en esto una diferencia notoria entre la concepción de Jakobs y la de Luhmann, porque para éste último, los "sistemas psíquicos", si bien no son componentes estructurales de los sistemas sociales, sí están íntimamente ligados a ellos en la medida en que constituyen su entorno y, en consecuencia,

46 Jakobs exacerba la distinción hecha por Luhmann entre sistemas sociales y sistemas psíquicos, Véase Niklas Luhmann Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general, trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Ed. Anthropos / Universidad Iberoamericana, 1991; pp. 236 y ss.; Jakobs distingue entre quién

47 In extenso en Manuel Salvador Grosso García, Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito, ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá 2001, en especial pp. 67-71.

se encuentran en una permanente relación de input-output con los sistemas sociales (Luhmann: 172 y ss).

Esto tiene una connotación bien distinta de la que han querido ver los críticos⁴⁸, como ya lo hemos destacado en otro lugar⁴⁹. Cuando Luhmann señala que los individuos, en cuanto sistemas psíquicos autónomos, es decir, en cuanto seres conscientes de sí mismos y capaces de problematizar su existencia⁵⁰, no forman parte integrante de los sistemas sociales, no está negando su importancia o su papel decisivo en la configuración de la sociedad; lo que está diciendo es que la base del sistema no está en su interior, sino en su entorno, y que los individuos, en cuanto seres autoconscientes están en el entorno de los sistemas y no en estos. Pero, estar en el entorno significa ser el presupuesto de existencia del sistema mismo, en la medida en que el sistema se configura precisamente diferenciándose del entorno, lo que está en el entorno es forzosamente anterior al sistema y, por tanto, no puede considerarse uno de sus componentes (Luhmann: 173).

Esto no significa que los sujetos, en cuanto entorno de los sistemas sociales, sean algo diferente de las personas que los conforman. Lo que Luhmann plantea es que un individuo es en esencia un sujeto, pero cuando se incorpora a la sociedad se convierte en portador de un rol, en componente de un proceso comunicativo, es decir, que "actúa como persona". En esta última visión se entiende que una cosa es el hombre como ser antropológico dotado de una esencia y naturaleza propias que

le permiten diferenciarse del mundo en el que es y existe, y otra el hombre como sujeto, en cuanto ser ético que se autorreconoce en el mundo y reclama su reconocimiento en el, y, por último, el hombre como persona, entendida como sujeto incorporado a un sistema social y sometido a unas reglas de conducta impuestas por las relaciones de comunicación de las cuales participa.

Desde el primer punto de vista el hombre, es un hecho, una realidad que se hace presente en el mundo de diversas maneras. Como sujeto, es esencialmente un valor ético, que reclama, además de su presencia en el mundo, su reconocimiento en condiciones de igualdad respecto a los demás hombres y como persona; es un ser comunicacional que se incorpora a la sociedad y reclama un reconocimiento en condiciones de igualdad. Ese reconocimiento le impone igualmente unas contraprestaciones, lo obliga externamente para con los demás. Lo anterior significa que tanto la condición de sujeto como la de persona son categorías normativas previas al derecho, de las cuales se derivan consecuencias jurídicas. Si el sujeto constituye el entorno de los sistemas sociales, el hecho de que un individuo renuncie a incorporarse a uno de esos sistemas y permanezca al margen de él, si bien lo marginaría de ese sistema, no lo excluye en cambio de su condición de sujeto ni le impide que, a su vez, forme parte de otros sistemas sociales.

Esto quiere decir que la condición de enemigo no es predicable de un individuo respecto a la sociedad, sino de una determinada sociedad, o mejor aún, respecto a un sistema social en concreto. Cabe recordar que para Luhmann no existe algo que se pueda llamar la sociedad, entendida como una totalidad, por ello afirma categóricamente que no es posible plantear la posibilidad de una teoría general del sistema social, y que en cambio se debe elaborar una teoría general

48 Muy polémica resultó en su momento la obra de Ignacio Izquierdo; la sociedad sin hombres, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo; ed. Anthropos; Barcelona, 1990, en la que claramente se desdibuja la idea de Luhmann, haciéndola aparecer como una perversidad antihumanista, cosa dista mucho de la realidad.

49 Grossi García; El concepto...; ed. Cit., pp. 332 y ss.

50 Luhmann sigue en esto a Husserl; Véase Edmund Husserl; La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental; trad. Jacobo Muñoz y Salvador Mas; ed. Crítica; Barcelona, 1990

de los sistemas sociales⁵¹, y entiende que cada uno de esos sistemas se organiza interiormente en relación con la totalidad del sistema y con su entorno. Por eso se habla de los sistemas sociales para designar diferentes tipos de organizaciones que pueden describirse en términos de sistemas, y en ellas incluye a las sociedades, es decir, los diferentes modos de expresión que adquieren las organizaciones humanas en el tiempo y el espacio. Entonces, la teoría de los sistemas sociales es la teoría de un modelo explicativo de organizaciones sociales que, por participar de ciertas características, pueden ser observadas como sistemas (Luhmann, 1990: 55 y ss), y todas ellas tienen como entorno al sujeto.

El sujeto, en cuanto entorno de los sistemas sociales, es algo en sí que vale al margen del sistema mismo. Esto quiere decir que cuando una individuo se niega a comportarse como una persona, en un determinado sistema social, no por eso deja de pertenecer “a la sociedad”, tan sólo significa que renuncia a formar parte de un determinado sistema, sin que por ello esté impedido de pertenecer a otros. Esto se puede ilustrar observando la conducta de muchos de los que se tratan como enemigos por el derecho penal. El miembro de una organización criminal generalmente se encuentra incorporado a otros sistemas sociales en los cuales es reconocido como persona. Es sabido el reconocimiento que los miembros de la mafia italiana tienen en la Iglesia Católica (Marino, 2002), en la que muchos de ellos son personajes destacados. Lo mismo se puede decir del reconocimiento que miembros de organizaciones subversivas colombianas tienen en sus propias comunidades o el que tienen los políticos corruptos en los altos círculos sociales. Ello demuestra con claridad que la condi-

ción de persona no depende exclusivamente del seguimiento de determinadas normas jurídicas y que está condicionada en buena medida por el ámbito en el cual el sujeto decide asumir o no los roles que cada sistema social le demanda.

Ser persona significa ser reconocido como actor de un determinado sistema social, es decir, como portador de roles en ese sistema. Y es de la adquisición de ese estatus de donde se deriva su responsabilidad social por la infracción del rol⁵². En consecuencia, si al enemigo se le pretende sancionar, no es por su mera condición de tal, sino porque con sus acciones trasciende la esfera de lo subjetivo y ejecuta actos comunicativos, es decir, cuando el enemigo se comporta como persona, porque sus actos, necesariamente son comunicativos. En consecuencia, la diferencia directriz enemigo-persona es una contradicción, porque sólo quien se comporta como persona puede ser catalogado como enemigo. Esto quiere decir que, siguiendo más estrictamente el planteamiento de Luhmann, la condición de ciudadano o de enemigo son alternativas que puede asumir una persona, es decir, que un individuo que se incorpora a un sistema social mediante un proceso de comunicación, lo puede hacer como ciudadano o como enemigo, según que siga⁵³ las normas en un sentido positivo o negativo⁵⁴, pero siempre como persona, en la medida en que sólo los actos que incorporan una expresión de sentido tienen

51 Esta idea de responsabilidad como auto-responsabilidad ya en Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*, trad. Patricio de Azcárate, ed. “El Ateneo”, Buenos Aires, 1950; pp. 266 y ss.

53 La idea de que quién infringe la norma también “la sigue”, en un sentido negativo ya en Ludwig Wittgenstein; Zettel; trad. Octavio Castro y Carlos Ulises Moulines; ed. UNAM; México, 1985.

54 Una comprensión más amplia de esta postura se logra con la idea de la doble contingencia elaborada por Luhmann, según la cual, toda norma incorpora a la vez una expectativa positiva de realización y una negativa de infracción o defraudación. Véase Luhmann; *Sistemas...*; ed., cit., pp. 113 y ss; también, Manuel Salvador Grossi García *Antinormatividad e imputación objetiva, como límites materiales a la intervención estatal en un derecho penal funcional*”; en *Revista del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre de Bogotá*; Año II, Número 3– primer semestre, 1998; pp. 123 y ss.

51 El sistema no es un fenómeno, sino la manera como se puede explicar y comprender los fenómenos. Véase N. Luhmann; *Introducción a la teoría de sistemas*; trad. Javier Torres Nafarrete, ed. Anthropos/U. Iberoamericana/Iteso, Barcelona, 1996., lección 2.

relevancia para el derecho penal, y quien así actúa es siempre una persona.

Eso explica la aparente contradicción en la que, según Jakobs, incurre el Derecho Penal al señalar a determinados infractores de la norma como enemigos, pero luego pretender procesarlos como ciudadanos (Jakobs, 2003: 54–55). En realidad esta contradicción no existe y surge tan sólo del distinto sentido y alcance que se les da a las expresiones utilizadas. Resulta evidente que, desde la perspectiva aquí planteada, persona y ciudadano no son necesariamente sinónimos, por cuanto si bien el ideal de la persona es que se comporte como ciudadano, cuando no lo hace no deja de ser persona⁵⁵. Vistas así las cosas, el Derecho Penal del Enemigo no sería entonces una reacción en contra de un individuo que ya no es confiable que cognitivamente se comporte como persona, sino una reacción en contra de alguien que al incorporarse al sistema como persona se ha comunicado en términos de enemistad, es decir, que realiza actos de enemigo, en contra del sistema al cual se incorpora. De esta manera, la distinción entre sujeto y persona le da una dimensión diferente al concepto Derecho Penal del Enemigo, en la medida en que éste no sería un instrumento de guerra, sino uno de pacificación.

Cuando un Estado se ve abocado a enfrentar a un enemigo externo que lo confronta abiertamente y le declara la guerra, sus actos son claramente actos de guerra, en tanto que, cuando el enemigo es alguien que se encuentra incorporado o se incorpora al sistema social, es decir, se integra en el tráfico comunicativo regulado jurídicamente por el Estado y pretende su reconocimiento como interlocutor válido en ese espacio comunicativo atacando el sistema, la respuesta punitiva del Estado es un

acto de pacificación, es decir, es Derecho Penal del Enemigo, que no tiene como respuesta un acto de exclusión, sino de inclusión, porque al ser sometido a los procedimientos del Derecho Penal y al imponérsele una pena, se le está incorporando al sistema o, cuando menos, se le está imponiendo que asuma las consecuencias de los actos de agresión contra el sistema, es decir, se le trata como responsable, o lo que es lo mismo, como persona.

Y esto es así porque, para el derecho penal, un individuo no puede ser socialmente responsable por su condición de tal, es decir, que un sujeto no puede ser responsable ante nadie, por el hecho de ser un sujeto. Para poder ser jurídicamente responsable es indispensable que ese sujeto haya asumido el estatus de persona, de portador de un rol social y que, en cuanto tal actúe, es decir, que trascienda su condición de sujeto y despliegue una conducta que incorpore un sentido y afecte los procesos de comunicación. Desde luego, actuar como persona es la condición mínima necesaria para ser responsable pero no la única, ni siquiera para los enemigos⁵⁶. Los presupuestos de la responsabilidad jurídica, en cada caso, y los de la responsabilidad penal, en particular, están determinados por el orden jurídico⁵⁷. Lo que se quiere destacar aquí es que ya en un plano material previo a cualquier consideración punitiva, se pueden excluir un plus de comportamientos y de actitudes del individuo, aun del enemigo, que de ninguna manera pueden ser el fundamento de su responsabilidad penal, a saber aquellos en los cuales el individuo se comporta como sujeto. Sólo son responsables ante el Derecho Penal los individuos que actúan como personas, sean ciudadanos o enemigos.

⁵⁵ Ya el interaccionismo simbólico había planteado esta explicación, entendiendo que el acto delictivo en sí mismo era una forma de intercambio comunicativo de carácter simbólico; véase Alain Coulon; *La etnometodología*; trad. Teodora Esteban; ed. Cátedra; Madrid, 1988.

⁵⁶ En esto el propio Jakobs es enfático en sostener que el enemigo debe hacer algo que dañe o ponga en efectivo peligro la sociedad.

⁵⁷ Ilustrativo al respecto, Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, ed., Astrea, Buenos Aires, 1980.

Esto quiere decir que el Derecho Penal del Enemigo, en cuanto esta condición presupone el reconocimiento del destinatario de la norma como persona, implica que respecto a él son igualmente válidos todos los principios filosóficos y políticos en los que se inspira el Derecho Penal de los ciudadanos⁵⁸. En esto hay también otra falacia en el planteamiento hecho por Jakobs, pues éste entiende que el sistema de garantías que el Derecho Penal democrático consagra para el delincuente está encaminado a proteger al individuo en su condición de persona entendida como ciudadano. No obstante, siendo claro que la condición de persona no depende de que el individuo se comporte como ciudadano, en la medida en que esta condición es independiente de si se actúa como ciudadano o como enemigo, no cabe duda que la totalidad de garantías que cobijan al delincuente le deben ser reconocidas en plano de igualdad al enemigo, porque el sistema de garantías del Derecho Penal no se edificó sobre la idea de un ciudadano en el sentido que lo entiende Jakobs, sino respecto a la persona, entendida en su forma más general como individuo que participa de los procesos sociales sea en la condición que sea⁵⁹.

Por tanto, es indiferente en qué condición concurra el infractor de la norma a los procesos de comunicación, en la medida en que, sea como ciudadano o como enemigo de un determinado sistema social, el Derecho Penal lo debe rodear de garantías. La única diferencia que cabría hacer a este respecto tiene que ver con la naturaleza y el alcance de su infracción, en la medida en que, si se trata de una infracción al derecho interno, las garantías serán aquellas que se establecen para este sistema de normas, mientras que si se trata de una infracción al Derecho Internacional

Humanitario, el sistema de garantías será el que es propio de este tipo de infracciones. Otra cosa es la discusión respecto a hasta dónde puede el Estado, en su función protectora de bienes jurídicos, restringir los derechos y las garantías de quienes atentan contra ellos⁶⁰, pero la tensión que eso genera, no puede conducir a poner las cosas en el plano que el Estado pueda establecer una dramática distinción entre ciudadanos y enemigos, y dispensar a unos más garantías que al otro, puesto que esta odiosa discriminación sería por completo incompatible con las nuevas realidades de una sociedad de riesgo global.

Lo que resulta consecuente es que, si una sociedad de riesgo global borra las fronteras entre lo nacional y lo internacional, lo local y lo planetario, borre igualmente la distinción entre ciudadano y enemigo, y extienda las garantías del primero al segundo, cobijando a ambos con el manto universal de personas. Pero esto no depende necesaria, ni exclusivamente de que las relaciones de input-output entre los individuos y el sistema se den en términos de ciudadano, como parece entenderlo en Colombia Alejandro Aponte (2005: 73 y ss). El reconocimiento de los individuos como personas está dado por el hecho mismo del intercambio social, y el hecho de que esos procesos se den habitual o permanentemente en términos violentos, no le resta en absoluto fuerza vinculante al concepto de persona. Aun quien escoge la violencia como proceso de intercambio comunicativo reconoce en su interlocutor a otra persona y se ubica él mismo en esta condición y, en consecuencia, le es exigible el respeto por estas condiciones mínimas. Ahora bien, si el Derecho Penal pretende ser utilizado como instrumento de superación del déficit de pacificación de una sociedad en un momento determinado, sólo puede hacerlo

58 Lo que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Artículos 10, 11 y 12, es incorporar los derechos y garantías conquistadas por el derecho penal del ciudadano y hacerlas valer universalmente para todas las personas sin distingo a su condición de ciudadanos o enemigos.

59 Así expresamente el Artículo 1 del Código Penal colombiano.

60 Como ya lo problematizó originalmente Jakobs en 1985; también, Albin Eser; Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima; trad. Manuel Cancio Meliá; ed. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 1998.

a condición de que imponga la racionalidad en el proceso comunicativo, es decir, que la pena, como respuesta del Derecho Penal a la violencia entablada por el enemigo, debe ser una instancia racional, que rompa el círculo de violencia, y eso sólo se puede lograr si en su imposición se respetan y reconocen todos los derechos, principios y garantías que el Derecho Penal le reconoce a sus destinatarios⁶¹.

Esto significa que si el Derecho Penal de la sociedad del riesgo global, es también Derecho Penal del Enemigo, entonces el enemigo debe incorporarse a él, es decir, debe ser reconocido y tratado en igualdad de condiciones que el ciudadano delincuente y estar amparado por los mismos derechos y garantías. De esta manera, el concepto de Derecho Penal del Enemigo bien puede adquirir la misma fuerza dialéctica que en el pasado tuvo la expresión Derecho Penal a secas. Derecho penal del enemigo puede significar, entonces, una amplificación del plus de garantías del Derecho Penal del ciudadano, para abarcar en ellas no sólo a los ciudadanos infractores, sino aún a aquellos que se declaran enemigos del sistema de normas que pretende asegurar el derecho penal. Todo esto sin perjuicio de que en el derecho penal, tanto de enemigo como de ciudadano, se continúe debatiendo sobre las condiciones materiales de legitimidad del mismo. En consecuencia, el concepto Derecho Penal del Enemigo terminaría por recuperar su alcance semántico, en la medida en que no sería Derecho Penal contra el enemigo, es decir, "guerra refrenada", sino derecho, que a partir del reconocimiento de una condición específica del infractor de la norma, enemigo, reivindica su valor de persona, como categoría jurídica se haría universal⁶², cuyo reconocimiento es una condición necesaria para la legitimación de cualquier forma de ejercicio del poder punitivo del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE, Alejandro David (2005). *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá: Temis.

ARRIETA, Carlos Gustavo y otros. (1990). *Narcotráfico en Colombia, dimensiones políticas, económicas, jurídicas e internacionales*. Bogotá: Tercer Mundo.

BECK, Ulrico. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.

BLANC, Altemir. (1990). *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch.

CABANELAS, Guillermo. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 21^a edición actualizada. Tomo III. Buenos Aires: Heliasta.

CANCIO MELIÁ, Manuel. (2003) "¿Derecho Penal del enemigo?". En: *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas.

CHOMSKY, Noam. (2001). *El terror como política exterior de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Libros el Zorzal.

_____. (2004). *Hegemonía o supervivencia. El dominio mundial de EEUU*. Bogotá: Norma.

CLAUSEWITZ, Karl von. (1999). *De la guerra*. Barcelona: Ideabooks.

D'ORS, Álvaro. (2002). *Bien común y enemigo público*. Madrid: Marcial Pons.

FARALDO CABANA, Patricia y Muñagorri Laguia, Ignacio. (2005). El nuevo autoritarismo político-criminal en España. En: *Política Criminal y Sistema penal; viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Rivera Beiras, Iñaki. Barcelona: Anthropos.

61 Véase Ferrajoli (1986: 35 y ss).

62 Véase Aponte (2003: 74 y ss).

FERRAJOLI, Luigi. (1986). *El Derecho penal mínimo*. En: Poder y Control, No 0. Barcelona: PPU.

GRACIA MARTÍN, Luis. "El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo". En: *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano*. La realidad detrás de la imagen.

Günter Jakobs; (2003). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Günther Jakobs; (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.

JAKOBS, Günter. (2000). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JIMENO, Ramón. (1989). *Noche de lobos*. Bogotá: Presencia.

LUHMANN, Niklas. (1990). *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos.

MARINO, Giuseppe Carlo. (2002). *Historia de la mafia, un poder en las sombras*. Barcelona: Javier Vergara.

MARULANDA, Elsy. (1991). *Colonización y conflicto, las lecciones del Sumapaz*. Bogotá: Tercer Mundo.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (1984) "La reforma de la parte especial del Código penal español del 2003, de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo". En: LISZT, Franz von. La idea del fin en el derecho penal. Bogotá: Temis. Disponible en www.pgi.ma.gov.br

PETRAS, James (2003). *El nuevo orden criminal*. Buenos Aires: Libros el Zorzal.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. (2005). *Instituciones de derecho penal, parte general*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

PRITTWITZ, Cornelius. (2004). Derecho penal de enemigo ¿análisis crítico o programa de derecho penal? En: MIR PUIG, Santiago y MIRENTXU CORCOY, Bidasolo. *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier.

RADHRUCH, Gustav. (1992). *El relativismo en la filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.

REYES ECHANDÍA, Alfonso (1986). "Legislación y seguridad nacional en América Latina". En: Poder y Control, No 0. Barcelona: PPU.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Medidas de seguridad y Estado de Derecho. En: AAVV (1974) *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Universidad de Valencia. También, TERRADILLOS BASOCO, Juan. (1981). *Peligrosidad social y estado de derecho*. Madrid: Akal.

ROLL, David. (2001). *Un siglo de ambigüedad, para entender cien años de crisis y reformas políticas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

SILVA SÁNCHEZ, Gonzalo (1991). *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora Editores.

_____. (1997). "Política Criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites". En: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.

SILVA SÁNCHEZ Jesús María. (2002). "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal". En: *Entre el funcionalismo y el principia-*

lismo, y las instituciones dogmáticas. Bogotá: Nueva Jurídica.

_____. Jesús María. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades posindustriales.* Madrid: Civitas.

TOURAINÉ, Alan. (2000). *Crítica de la modernidad.* México: Fondo de Cultura Económica.

TUCKER, Nelly (2002). The Washington Post.

ZAFFARONI, Raúl. (1989). *En busca de las penas perdidas.* Bogotá: Temis.

_____. (2005). ¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario? En: *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.* Madrid: Thomson-Civitas.

ZULETA, Estanislao. (1991). "Violencia política en Colombia". En: *Colombia, violencia, democracia y Derechos Humanos.* Bogotá: Altamir.