

El derecho penal del enemigo una constante histórica*

Enemy of the Criminal Law a Historical Constant

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2010

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2010

YENNESIT PALACIOS VALENCIA**

RESUMEN

En la praxis, la doctrina del derecho penal del enemigo, se ha visibilizado en el mundo del derecho a partir de 1985, cuando Jakobs desarrolla una teoría a partir de la cual, explica que hay unos sujetos peligrosos que merecen el calificativo de "enemigos", pero esto no es algo nuevo, es realmente una constante histórica, pues en cada época y en diferentes contextos, la historia ha demostrado que siempre han existido los "enemigos", que han sido coaccionados por el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, violentando garantías fundamentales y los derechos humanos, para generar falsas ideas de seguridad en el colectivo social.

Palabras clave

Derecho penal, derechos humanos, derecho penal internacional, derecho penal del enemigo, seguridad.

* Artículo avance de investigación del grupo de investigación Derecho, Desarrollo y Sociedad, en la línea de Investigación Ciencias Penales y Globalización. Con el proyecto: "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional", en el segundo semestre de 2009. Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Medellín.

** Abogada de la Universidad San Buenaventura, seccional Medellín. Docente-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Medellín. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Maestranda de la Universidad Externado de Colombia en el Programa Derechos Humanos y Democratización, en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid-España. Magíster y Doctoranda de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España en el programa de Derechos Humanos Interculturalidad y Desarrollo. Correo electrónico: yennesit.palacios@gmail.com

ABSTRACT

In the praxis, the doctrine of the penal right of the enemy, has been observed in the world of the right as of 1985, when Jakobs develops a theory from which, explains there are dangerous subjects that deserve the denomination of "enemies", but this is not something new, is really an historical constant, because at every time and different contexts, history has demonstrated that always the "enemies" have existed, who have been compelled by the State, in the exercise of *ius puniendi*, doing violence to fundamental guarantees, to generate false ideas of security in the social group.

Key words: penal right, Human rights, international penal right, Criminal law for the enemy, security.

INTRODUCCIÓN

Este artículo es fruto del proceso investigativo llevado a cabo en la Universidad Santo Tomás, sede Medellín, en el grupo Derecho, Desarrollo y Sociedad, en la línea de Investigación Ciencias Penales y Globalización. Con el proyecto: "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional", en el segundo semestre de 2009. Producto de dicho trabajo, este escrito parte de la base de que la doctrina del derecho penal del enemigo desarrollada por Günther Jakobs, no es una práctica nueva que se ejerza única y exclusivamente en los estados democráticos, sino que se puede observar claramente cómo se ha desarrollado en diferentes coyunturas y contextos históricos, en el afán de combatir la criminalidad organizada y diversos fenómenos que se agudizan con el paso del tiempo, precisamente en la lucha contra la impunidad cuando se violentan gravemente los derechos humanos, también en el ámbito internacional.

Por consiguiente, se parte de la hipótesis de que tras la excusa de salvaguardar y garantizar de forma efectiva los derechos humanos, se ha creado en el imaginario social, una era de terror en una sociedad de riesgo que ha cimentado peligros excesivos, que salen de la órbita de los Estados y la forma de contrarrestarlos en una constante histórica, ha sido a través de la penalización, pues aparecen sujetos peligrosos que son etiquetados,

tachados o tildados como enemigos, por considerárseles un riesgo potencial para la sociedad, al no actuar acorde con el derecho, cosa que viene ocurriendo desde décadas pasadas y hoy se ve claramente cómo se aplica en el derecho penal.

En esta lógica, el derecho utiliza la coacción como herramienta de lucha y la persecución penal tiene como base no sólo el acto mismo cometido por el delincuente, sino que, en un supuesto hacia el futuro se prevén posibles actuaciones en contra del ordenamiento jurídico vigente, y se estigmatiza a quien delinque, por su vida pasada, presente y la pensada hacia el futuro, traspasando la concepción clásica de un derecho penal del acto a un derecho penal de autor que cosifica e instrumentaliza.

En la praxis, la visualización de esta forma de aplicar el derecho contra sujetos peligrosos, aunque se evidencian con mayor claridad después de 1985, con la doctrina de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo, es realmente algo que no es nuevo, pero es una cuestión que ha estado oculta décadas tras décadas, en la forma más legítima de aplicar y crear derecho.

METODOLOGÍA

Este artículo es resultado de un proyecto ya terminado, en el cual se desarrolló una investigación jurídica, de estirpe teórico-documental, estrategia metodológica que permitió la elaboración a modo

de estado del arte, de toda la teorización en la transformación del derecho penal en lo que respecta al derecho penal del enemigo, contrastado con la antinomia derechos humanos y derecho penal en la actualidad.

De esta manera, para demostrar la hipótesis que se plantea, se abordará un enfoque metodológico desde la teoría crítica de los derechos humanos en la línea del Maestro Joaquín Herrera Flores (2005), para confrontar la teoría con la práctica, en un proceso de indagación histórica, conceptual e interpretativa, de las dinámicas de transformación del derecho, para abordar la actual doctrina del derecho penal del enemigo.

Con estas precisiones, a continuación se tendrá como punto de partida las ideas más básicas de Jakobs, para luego hacer un paralelo en relación con la forma como se ha aplicado el derecho en diferentes contextos históricos, que han estado irradiados de violaciones flagrantes a los derechos humanos desde la legitimidad misma del derecho, a través de prácticas que inclusive son legitimadas por el colectivo social, que ha introyectado que hay seguridad en tanto, se puede aniquilar a quien no le es funcional al sistema, es decir, al "enemigo" que delinque sin control y no respeta las normas vigentes.

Noción de derecho penal del enemigo

Cuando se da el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, además de la ley como fundamento del propio Estado, hay un conjunto de principios y valores que irradian el ordenamiento jurídico, que armónicamente a través de la consagración de un catálogo de derechos fundamentales, inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

No obstante, la obediencia a la misma ley, como fundamento de la seguridad de los derechos, y como herramienta de lucha en la defensa de los derechos humanos, se ha distorsionado de ma-

nera "cínica" y, ya no hay necesidad de maquillar la realidad, puesto que, la filosofía predominante de forma evidente, es que el derecho será efectivo en tanto se pueda aniquilar a quién no le es funcional al sistema, esto es, al "enemigo". Término que como muy bien afirma Grosso García (2006), ha sido acuñado en el Congreso de profesores de derecho penal, celebrado en Frankfurt en 1985, por Günther Jakobs, con la expresión *derecho penal del enemigo*, para identificar, 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. Pues afirma Jakobs (2006), que cuando a un individuo se le criminaliza por ese tipo de conductas, no se le está tratando como ciudadano sino como un enemigo.

Definición que aparecía en principio como alude Muñoz Conde (2008) en tono crítico, advirtiendo del peligro que podía representar ese derecho penal en aquel momento incipiente, que cada vez con mayor profusión, sancionaba conductas que se realizaban en un estadio anterior a una puesta en peligro del bien jurídico, para un Estado de libertades y para las "ataduras" que en ese Estado de libertades suponen un límite al ejercicio ilimitado del poder punitivo. Concepción que en la actualidad parece estar legitimada y avalada por el autor, al distinguir entre enemigos y ciudadanos en el desarrollo de prácticas jurídicas, para contrarrestar a quienes delinquen sin control. Desde este punto de vista el derecho penal del enemigo, según Jakobs (2006), se caracteriza por tres elementos a saber:

En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la

anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías tanto de fondo como procesales son relativizadas o incluso suprimidas (p. 112).

De este modo, la esencia del concepto de derecho penal del enemigo está, entonces, en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, "ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos. Ya que, con este instrumento entonces, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos" (Jakobs, 2006, p. 120), personas que son un riesgo potencial, para el colectivo social que sí le rinde obediencia al derecho.

El derecho penal del enemigo, sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico estatal interno, y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión sobre si aquél, una vez indagado en su concepto, se revela como derecho (Jakobs, 2004, p. 44). No obstante, lo que sí es claro es la distinción Jakobsiana entre lo que es derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano. El primero sería para aquellos sujetos que no merecen el trato de personas, y el segundo para quienes le rinden respeto y obediencia al derecho.

De esta manera, el trato que le reviste el derecho penal a ciertos individuos, sería por su actuar, bien sea peligroso, sospechoso o poco confiable para el colectivo social, que es en última lo que hace que se le vea y trate no como persona, sino como enemigo. Consecuentemente, una persona sólo puede ser tratada de manera constante como persona, es decir, como titular de derechos y obligaciones, si en general, se comparte como tal en el conglomerado social. Así por ejemplo:

Un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento, se convierte en objeto de internamiento preventivo. Y esto significa a diferencia de la pena, no que se le toma en

serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona (Jakobs, 2004, p. 66).

Se percibe entonces, como dice Jakobs (2006), que la pena pasa a ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma, a serlo de la creación de vigencia de la norma. Pero en últimas, *¿Quién decide quién es el enemigo?* Sí lo que se hace, es identificar al enemigo a partir del tratamiento dado por el legislador a determinadas conductas amenazantes y a determinadas expresiones de criminalidad, lo que implícitamente se está afirmando es:

Que la condición de enemigo es algo que decide el legislador penal y no algo que exista en el mundo. Más claramente, en esta perspectiva la diferencia entre un ciudadano y un enemigo no dependería de una condición previa de cada individuo, sino de la actitud que el legislador asuma frente a él (Grosso García, 2006, p. 11).

Ahora bien, si se han de seguir los esbozos *ius filosóficos* de que se vale Jakobs (2006), para sostener su noción de derecho penal del enemigo, todo ello hace pensar como menciona Grosso García (2006), que la condición de ciudadano o de enemigo es previa a toda consagración legal, en la medida 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.

Prehistoria del derecho penal del enemigo

En palabras de Jakobs (2006), un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía y se aparta probablemente de forma permanente del derecho, al menos de modo decidido, no puede participar de los beneficios del concepto de persona, aunque el calificativo de persona a los autores, es sólo para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos y cuando se trate de castigar a quienes

vulneren estos derechos, en el establecimiento de una Constitución mundial, no sería contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos.

Todo esto, pese a la ideología predominante, que está excluyendo desde todo punto de vista la idea de humanización del derecho en el discurso del derecho penal. Que aparece como la peor forma de intervención al instrumentalizar al individuo. Lo anterior, en ocasión a la llamada modernización del derecho penal, que no es otra cosa más, que un retroceso en la historia, al desconocer toda la dogmática heredada de los clásicos desde Beccaria, donde primaba la idea dignidad humana como principio que irradiaba el derecho y como máximo límite al ejercicio del *ius puniendi*.

En la actualidad, aún con la consagración constitucional del modelo del Estado Social de Derecho en casi todas las constituciones del mundo, aún con el valor semántico que ello significa, la lógica discursiva con la que se mueve el derecho mismo, pareciera en cierta medida, ser idéntica a la que se utilizaba en décadas pasadas, sólo que se transforma de modo aparente con otro lenguaje, con lo cual se crea un sofisma de distracción que legitima el actuar irracional del mismo derecho.

La atención histórica más detenida de estos acontecimientos, permite observar que los lenguajes cambiantes ocultan una estructura discursiva teórica que permanece idéntica desde hace por lo menos cinco siglos. En este entendido, acorde con Zaffaroni (2005), por debajo de las sucesivas emergencias y de sus respectivas guerras y derechos penales de enemigos, la estructura del discurso penal autoritario no ha variado. Lo permanente y vivo en los discursos penales autoritarios es su estructura, y lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico.

La diferenciación entre amigos y enemigos no es una categoría que sea realmente nueva, así por ejemplo, en Carl Schmitt, dice Zaffaroni (2005), se

ve claramente que la distinción de enemigo data desde el derecho romano, donde el enemigo no era cualquier sujeto infractor, sino “el otro, el extranjero”. En este sentido, el concepto de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El primero, era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era quien carecía de derechos, quien estaba fuera de la comunidad.

Para Foucault (2000), por ejemplo, en épocas pasadas, los individuos peligrosos eran los anormales³, el monstruo humano que trasgredía la ley, aquel sujeto incorregible que violaba el pacto. De esta forma, como se observa, el discurso no varía, se traslada de lugar y de forma según cada contexto histórico. Por consiguiente como dice Zaffaroni (2005), se trata de una suerte de programa de computación que en ciertos momentos culturales se vacía y se vuelve a alimentar con datos diferentes, pero el programa sigue siendo idéntico y único. Situación que para la coyuntura social actual, se traspasa al derecho penal internacional, pero nombrado con específicas regulaciones, en una fachada jurídica convincente e incuestionable.

En la coyuntura de la II Guerra Mundial, *verbi gracia*, los enemigos para el mundo fueron la Alemania Nazi, etiquetada así, precisamente por las Barbaries perpetradas durante la Guerra. En este orden de ideas, como alude, el italiano Giorgio Agamben⁴, comentando la tesis de Carl Schmitt,

³ En su clase del 22 de enero de 1975, Foucault identifica tres figuras principales como anormales: el monstruo humano, que se define así por violentar las leyes de la naturaleza y las normas de la sociedad, los incorregibles o el individuo a corregir propio del S XVIII, y los onanistas refiriéndose al niño masturbador, ideas orientadas al disciplinamiento de la familia.

⁴ Sobre estos criterios de diferenciación empleados por el italiano Giorgio Agamben y el alemán Edmund Mezger, véase el texto de Muñoz Conde, F. (2008). *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. pp. 141 y ss. (2a ed. ampliada). Buenos Aires: Hammurabi.

una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple vida muda, pura cosa viva sin derecho y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos. Dicha distinción, se llevó a cabo por criterios biopolíticos que estaban determinados por el linaje, esto es, por la sangre y la herencia genética, como acto biológico que caracterizaba la raza aria, y con ella el alemán puro, frente al no alemán perteneciente a razas inferiores.

Esta *prehistoria del derecho penal del enemigo*, como menciona igualmente, Zaffaroni (2006), puede buscarse también en Protágoras y en Platón. Este último desarrolló, por vez primera en el pensamiento occidental, la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando ésta es irreversible, debe ser eliminado. Por su parte, Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un *derecho penal diferencial*: donde los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad.

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

Pero si se admite esta distinción, se debe admitir el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores o, a lo que es peor, referido a cualquier sistema aunque sea injusto, siempre que sus valederos tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo (Gracia, 2005, p, 360). El derecho así concebido, es sólo lo que dicen quienes tienen el poder, en el ejercicio del control social, lo cual significa una

batalla perdida en luchas ya ganadas; pues como diría Armand Mattelart:

Cada ruptura con el Estado de Derecho se acompaña de un asilvestramiento de la democracia, de una regresión de los valores que supuestamente lo fundamentan. La amplitud del mal no establece límite alguno al uso de medios ajenos a las normas. En cada ocasión, la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en la normalidad. Todas estas prevaricaciones de la razón de Estado funcionan como un extraordinario analizador de las regiones más oscuras de las sociedades democráticas (2009, p, 11).

Probablemente como expresa Muñoz Conde (2006), la novedad de este derecho penal del enemigo al que se refiere Jakobs, es que este tipo de derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso, a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y en las declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los estados democráticos, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo, los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del proceso penal.

Con estas precisiones, la transformación del derecho penal le apuesta a un sistema excesivo en cuanto al uso de la pena, pues el derecho ha dejado de ser *ultima ratio*, para tratar de dar solución a un estado de cosas, en la cual el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, enfrenta a sus enemigos a través de la coacción, para intimidar y generar sensación de seguridad, ante un caos que encuentra solución en la penalización y en medidas extremas no propias del Estado Social de derecho, cuando hay un Estado que se torna inoperante en la toma de medidas respetuosas de las libertades fundamentales.

Olvidándose de la subsidiariedad que reposa en el derecho penal como medida coercitiva. De manera que, este etiquetamiento que ha estado presente en cada momento histórico, según cada contexto, confirma la hipótesis inicial de este estudio, de tal suerte, el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico:

El primero se caracteriza por el crecimiento de la población reclusa y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de las penas. Y en cuanto a lo segundo, porque acude siempre más a menudo a leyes manifiesto a través de las cuales la clase política reacciona a las acusaciones de laxismo del sistema penal por parte de la opinión pública. Reacción ésta que recuerda a una especie de derecho penal mágico, cuya función principal parece ser el exorcismo (Moccia, 2006, p. 305).

Asimismo, a esto se suma, que no se problematiza el hecho de que este derecho penal del enemigo, también en el orden internacional, se concentre en los autores de las conductas punibles, pero no en ocasión al delito cometido, sino para valorar la vida criminal del acusado, es decir, su pasado, su presente y su posible actuar futuro, más que el acto delictivo mismo, ya que éste, la única función que cumple, es la de etiquetarlos socialmente para prever futuras violaciones. Así, "por tanta exageración de la "virtud penal" y tanta seguridad ética, es lo que permite a la jurisdicción penal internacional (...) tratar a sus imputados como no ciudadanos, como "no personas" en el sentido Jakobsiano (Pastor, 2006, p. 493)", en una construcción del derecho penal que busca artificiosamente garantizar la paz social, a través de la pena como método coercitivo por la sanción a imputar. Es claro, que pese a los años la represión es lo que invade el *modus operandi* del sistema jurídico. Eso es lo que predomina en el modelo de sociedad actual.

Lo paradójico de este asunto, es que no sólo los colectivos sociales, sino, organizaciones que dicen llamarse protectoras de los derechos humanos, son

las que justifican este malestar jurídico, situación que choca con el ideario clásico, de un derecho penal humanitario y de mínima intervención, en aras de combatir una emergencia global, en ocasión a políticas de seguridad, mal pensadas en la consecución de tranquilidad pública, no sólo a nivel nacional, sino ya en una esfera más amplia, al llegar al derecho internacional, para dejar claridad en el ideario social, sin admitir duda alguna, de quiénes son los que controlan y ejercen esferas de poder.

La realidad es evidente, lo que impera es un sistema jurídico, que quiere resolverlo todo a través de la punición, y se puede observar con toda certeza, que el tema de la protección efectiva de los derechos humanos en el orden global, se encuentra en franco debilitamiento en los últimos años:

Donde si bien, por un lado existe una profusa legislación en el orden internacional a través de los diferentes tratados internacionales, no sólo bilaterales sino, regionales y mundiales, que tienden a establecer un sistema universal de protección de derechos humanos; por el otro, todo este plexo normativo no alcanza una dimensión sociológica de importancia en lo que hace a su efectiva realización (Riquet y Palacios, 2003, p. 1 y ss).

De esta forma, la protección efectiva de los derechos, pasa a ser inoperante, por una vigilancia extrema que supera los límites del derecho, partiendo de contextos globales que son entendidos como legítimos. Se vigila cualquier comportamiento sospechoso y se persigue sin control no sólo al delincuente común, sino a cualquiera que piense y esté en contra del sistema imperante. Pues como insiste Foucault (2002), hay *que vigilar y castigar*, pero castigar de otro modo:

Deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo. Muy pronto el suplicio se ha hecho intolerable. Irritante, si se mira del lado del poder,

del cual descubre la tiranía, el exceso, la sed de desquite y "el cruel placer de castigar" (Foucault, 2002, p. 314).

¿Pero a que se llama vigilar? Mattelart (2009), retomando la hipótesis de Jeremy Bentham, en la prolongación de su teoría pragmática del derecho penal como derecho a castigar, dice que es un medio de obtener el poder, un poder de la mente sobre la mente. Esta visión panóptica⁵, se centra en la vigilancia como adiestramiento del cuerpo para lograr la educación del alma.

Pero en Foucault (2007) se proyecta otro paradigma, una nueva técnica de poder, la biopolítica y su proyecto de sociedad de seguridad, en el que después del siglo XIX pasando de la sociedad disciplinaria, surge una intervención gubernamental permanente, lejos de oponerse al Estado, la sociedad civil resulta, ser el reflejo de la tecnología liberal de gobierno. Aparece un biopoder que se caracteriza por medidas globales y de sospecha, para intervenir al interior de la población. Según lo descrito, reitera dicho autor, ya la objeción no recae en el abuso de soberanía, sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades.

Con esta técnica, desde la doctrina del derecho penal del enemigo, vista desde el poder internacional, los vigilados objetos de sospecha serán quienes sean identificados socialmente, por las organizaciones, órganos internacionales o sujetos internacionales en sentido amplio, que gobernarán discrecionalmente para activar dicho poder en ocasión al peligro a intervenir. A tal suerte que sí

esto es así, el derecho penal internacional del enemigo sería también, un "no derecho" en el sentido:

Que no rige para todos, ni acorde a derecho y democráticamente, se aplica más que casualmente, entonces su existencia no pasaría de ser más que el establecimiento desde los países ricos, de un poder penal residual, para condenar a imputados vencidos de países pobres. Un derecho penal exclusivo para lejanos amigos derrotados. La última visión de la hipocresía occidental (...), y en lugar de prevenir, estimula la perpetración de los crímenes que son objeto de la competencia del sistema (Pastor, 2006, p. 519).

La prevención siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, pero no cabe duda de que el actualizado léxico del riesgo le "otorga un nuevo protagonismo, siendo un aspecto prioritario de las renovadas demandas securitarias hacia el Estado. Surge así un derecho penal como instrumento de la política estructural proactiva en lugar de reactivo y orientado a la responsabilidad individual (Pérez, 2007, p. 22). Por ende, se encuentra una sociedad ciega que no rechaza los falsos ideales de paz y toda anomalía se quiere controlar y se regula, cayendo en una marea legislativa, pues así como explica el jurista Jean Danet (2007), se espera que la justicia penal lo resuelva todo, se asiste a una penalización en el tiempo.

Debilitamiento de los derechos humanos

En cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos, aquellos parecieran estar en un punto máximo de debilitamiento, pues son instrumentalizados, también por las esferas de poder que todo lo controlan, pareciera que no existiera control de todo aquello que requiere control, frente al exceso de las políticas de seguridad. Por tanto, el acierto descriptivo de Jakobs, dice Pastor (2006), es superlativo: el poder punitivo internacional es el derecho penal del enemigo por excelencia. Los llamados derechos humanos, no rigen, esto es innegable en la enorme mayoría de los países del mundo; no tienen, por tanto, una vigencia efectiva aunque

⁵ *El panópticon* es una figura arquitectónica en la que desde un punto central, una torre, el vigilante puede controlar con plena visibilidad todo el círculo del edificio dividido en alvéolos, mientras que los vigilados, alejados en celdas individuales, separadas una de las otras, son vistos sin ver a quien los observa. Este modo de organización espacial está en la base de un proyecto global de sociedad, una suerte utópica. Bentham, J. *Panópticon*. (1748-832). En cita de Mattelart, A., p.17.

sea a grandes rasgos, sino todo lo contrario contra los autores de graves violaciones de los DD.HH. que son juzgados por jurisdicciones externas al (o a los) Estado/s involucrado/s se dirige una guerra a un extraño por medio de un tribunal y la ficción de un juicio.

Sin embargo, en estas circunstancias, en que el mundo sigue la suerte de quienes tienen el poder de definición, para no caer en escepticismo, se puede decir que todavía hay muchas cosas por hacer y deshacer: Todo este marco dominante aunque condiciona, no puede determinar la forma de vida, por ello:

Sólo podremos sobrevivir y luchar con posibilidades de victoria si somos conscientes de los contextos en los que estamos insertos. Sólo podremos, pues, reaccionar culturalmente en el sentido dinamizador y subversivo de los órdenes hegemónicos dominantes, si sabemos donde estamos, si somos conscientes de las circunstancias que nos rodean, y, por supuesto, de los cambios que dichas circunstancias y dichos contextos padecen (...) conscientes de que estamos "situados" en contextos, los cuales nos condicionan, pero no nos determinan (Herrera Flores, 2005, p. 38).

Ante el malestar de la época, replanteando el gran reto que tiene la reivindicación de los derechos humanos, como productos culturales, de lucha por la libertad y la dignidad, en situaciones que no pueden ser ajenas a la forma de vivir y concebir el mundo, es necesario hacer un llamado por la reivindicación de la razón del derecho, pero no de cualquier derecho, sólo aquel que sea respetuoso de todas las garantías, principios, y valores que marcan la esencia de todo ser humano, como seres que necesitamos vivir en paz, sin odio por el otro, y sin sed de venganza.

Los Derechos Humanos son fruto de grandes luchas sociales, no pueden ser utilizados al vaivén de la sociedad para justificar prácticas no acordes con el derecho, por eso, desde la perspectiva de la teoría crítica de los Derechos Humanos en la línea

del maestro Joaquín Herrera Flores (2003), se le apuesta a un intento de construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo, pues es necesario repensar las ideas superpuestas, porque pensar significa *pensar de otro modo* (2005, p. 43), para poder transformar, es crear, pues, nuevos modelos desde los cuales presentar públicamente nuestras diferencias, distinciones y oposiciones con respecto a los órdenes hegemónicos que se nos proponen como situaciones ajenas a nuestra capacidad universal de transformación de las condiciones de existencia (Herrera Flores, 2005, p. 43).

Es preciso igualmente, sentar la base que el derecho por sí solo, no es la solución, máxime cuando hay problemas estructurales que merecen la atención y no son atendidos: desigualdad, inequidad, hambre, miseria, pobreza, son situaciones todas éstas, que siempre han estado presentes, pero lo que se atiende es la emergencia de la inseguridad colectiva, y en esta lógica, "seguridad" no es sinónimo de garantía de derechos, una cosa es hablar del derecho a la seguridad y otra muy distinta de la seguridad jurídica de los derechos, que década tras década continúan siendo insatisfechas y ante esta dinámica, indudablemente siempre existirán amigos y enemigos.

CONCLUSIONES

Según lo descrito en la construcción teórica, los resultados arrojados en la investigación apuntan a lo siguiente:

1. Hay problemas estructurales que se mantienen, y se imponen como solución a aquellos problemas o el discurso de seguridad oculta las reales dimensiones sociales y las debilidades políticas. Un discurso de seguridad.
2. Más que penalizar en el afán de generar seguridad es necesario garantizar un mínimo vital en el colectivo social.

3. El derecho por sí solo no es la respuesta a problemas estructurales de fondo, y la reacción es que se legisla en exceso.
4. El derecho penal de enemigo no es algo nuevo, la historia del derecho así lo demuestra.
5. Los derechos humanos son utilizados para justificar prácticas antidemocráticas. Esto es legitimado no sólo desde el derecho sino desde el mismo colectivo social, por ende, se utiliza el derecho para justificar actos que el derecho mismo repudia, lo que lleva a cuestionar no sólo la legitimidad, sino también, el valor de la justicia en la aplicación del derecho.

Todas estas precisiones son cuestiones de fondo que necesitan ser replanteadas y desde la investigación hay un reto grande para concienciar desde la academia al mundo del derecho desde lo social, cultural, político y no sólo jurídico, ante prácticas incomprensibles pero legitimadas desde el mismo derecho.

REFERENCIAS

- Cancio Meliá, M. & Goméz, J.D. et, ál. (2006). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2. España: Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Günther, J. & Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. (2ª ed.). Navarra: Cuadernos Civitas.
- Günther, J. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. (1a. ed.). Madrid: Civitas.
- Grosso García, S. (2006) *¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto*, vol. 2. España: Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 02.
- Foucault, M. (2000). *Los anormales*. Traducción al castellano a cargo de H. Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. (A. Garzón del Camino, Trad.). (1a, ed.) Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Herrera Flores, J. (2005). *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros.
- Herrera Flores, J. (2005). *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.
- Mattelart, A. (2009). Un mundo vigilado. (G. Multigner, Trad.). *Estado y Sociedad*, 161. Barcelona: Paidós.
- Moccia, S. (2006). *Seguridad y sistema penal*. España: Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Muñoz Conde, F. (2008). *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. (2da ed. ampliada). Buenos Aires: hammurabi.
- Pastor, D. (2006). "El poder penal internacional. Aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma". Barcelona: Atelier.
- Pastor, D.R. (2006). El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. En Cancio Meliá et ál. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2. España: Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Pastor Muñoz, N. (2006). *El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro de peligro*, vol. 2. Barcelona: Edisofer S.L. libros jurídicos
- Pérez Cepeda, A.I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno*. Madrid: Iustel.

- Riquert, F.L. & Palacios, L.P. (2003). El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes. En *La Ley*, 3, año V., pp. 1 y ss. *Revista Universitaria*.
- Zaffaroni, E.R. (2006). *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal* 6. Madrid: Dykinson.
- Zaffaroni, R.E. (2006). *La legitimación del control social de los Extraños*, vol. 2. España: Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Zaffaroni, E.R. (2005). El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. En Zaffaroni, E.R. *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires: B de F. Extraído junio de 2009. disponible en <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/> .