

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DESDE EL CONCEPTO DE JAKOBS
VERSUS LA PERSPECTIVA DE ROXIN Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA**

DIANA YOLIMA LANDAZÁBAL GÓMEZ
CÓD. 7000966

Artículo Para Optar por el Título de Especialista en Derecho Penal

Doctor
JAIME ALONSO CUBIDES CÁRDENAS
Asesor Metodológico

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR
BOGOTÁ
2015

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DESDE EL CONCEPTO DE JAKOBS VERSUS LA PERSPECTIVA DE ROXIN Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

Diana Yolima Landazábal Gómez¹

RESUMEN.

El presente escrito hace una explicación de la relación entre derecho penal y “enemigo” como conceptos relacionados a un fenómeno creciente en una sociedad democrática como es Colombia el cual tiene que ver con el derecho penal del enemigo planteado desde el punto de vista del doctor Günter Jakobs como derecho de autor y haciendo un paréntesis a fin de explicar otra perspectiva desde el derecho de acto planteado por Roxin decantando estas dos posiciones presentadas este ordenamiento jurídico desde la explicación de hechos que han permitido que se evidencie que Colombia no tenga una teoría definida a la hora de aplicar el derecho de autor o el de acto terminando en una reflexión frente a la prevención del delito como respuesta mas no al ius punendi como practica general en un Estado que cuenta con garantías y derechos constitucionales para sus ciudadanos.

Palabras Clave

Derecho Penal, “Enemigo”, Castigo, Pena, Resocialización, Individuo, Persona

¹ Abogada Universidad Cooperativa de Colombia, con estudios de educación continuada en Sistema General de Pensiones de la Universidad del Rosario, dedicada a laborar en Sustanciación de Proyectos de actos administrativos que tienen que ver con el reconocimiento en pensiones del régimen exceptuado docente, en la Dirección de Sustanciación de Prestaciones Económicas

ABSTRACT.

The following text presents a short explanation about the relation between criminal law and the "enemy" as concepts related to growing phenomenon in the democratic society as it is in Colombia, that deals with criminal law of the enemy since the point of view for dr Gunter Jakobs's as copyright and making a parenthesis with the purpose to explain from another perspective since the act law set out by Roxin highlighting this two positions showed in this juridical order since the explanation of facts that has allowed to demonstrate that in Colombia does not have a defined theory at the time to apply copyright or the ended act in a reflection faced on crime prevention in response but not the ius punendi as a general practice in a Nation that counts with guarantees and constitutional laws for its citizens.

KEYWORDS

Criminal Law, "enemy", Punishment, criminal sanction, resocialization, person

INTRODUCCIÓN

Al hablar de derecho inmediatamente se le transmite al receptor la noción de justicia², palabra que lleva una compleja definición pues son varios los elementos que la componen como es el caso de la percepción de seguridad, cuando en el contexto de esta seguridad se establece la noción de este concepto se le es demandada a ella la existencia de penas donde los agresores al orden y tranquilidad sean condenados por perturbar los intereses comunes, introduciéndose de este modo teorías nuevas al derecho penal que están a fin de estas demandas, donde el individuo pasa de ser persona y ciudadano a tildarse como sujeto capaz de alterar la seguridad de un Estado por infringir normas y con su comportamiento pueden llegar a llamarse “enemigo”; ahora bien esta premisa sobre la rotulación de enemigo a aquella persona quebrantadora de la ley abre un debate donde se debe tener en cuenta todas las aristas a fin de poder evidenciar si frente al comportamiento de estos sujetos realmente se puede poner en peligro a toda una sociedad, siendo la antítesis de la filosofía que se ha tenido sobre las penas que aunque en la práctica es poco materializada, si es una esencia para todo el derecho penal, pues en esta se busca la resocialización de los sujetos

² Para mayor comprensión de esta relación se puede tener en cuenta que La justicia es aquel elemento radicalmente heterogéneo al derecho, que lo excede como lo imposible excede a lo posible, como lo incalculable a lo calculable, como lo indeconstruible a lo deconstruible. Pero, al mismo tiempo, esta “justicia incalculable ordena calcular”. La justicia ordena hacer posible lo imposible. “El encargado de administrar justicia debe realizar la conjunción entre lo singular y lo general, hacer lo imposible. Quien es juez y sabe de esta imposibilidad puede negar ese saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciendo que actúa ‘conforme a derecho’. O puede hacerse cargo de la angustia que todo acto de juzgar supone y procurar lo imposible” (RUIZ, 1995, 10); (Roggero, 2011, p. 459)

Como la noción del derecho del enemigo tiene sus orígenes en la escuela de la imputación objetiva³ es necesario hacer un breve recuento de los conceptos de castigo, pena, del fenómeno del “enemigo” y buscar una aproximación teórica desde la doctrina de los doctores Gunter Jakobs y Claus Roxin como principales representantes de esta corriente sobre este punto; enfatizando en cada una de las postulaciones de ellos, que de manera general podemos determinar al derecho de autor el causante de un derecho controlado y coercitivo como la postura del primero de ellos, mientras que para el segundo el derecho de acto es el punto de solución por lo que habrá que resocializar al individuo, y lo más importante resaltando la influencia de este tipo de derecho penal en Colombia.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la función que en Colombia tiene la pena resaltando su naturaleza resocializadora según nuestro derecho positivo, existen realidades diferentes en donde hay un círculo delictual muy fuerte y en el que pareciera que dicha función no es más que una herramienta coercitiva que hace parte de un derecho penal que trata al individuo que ha cometido determinada conducta punible como a un “enemigo” o contrario a ello entrega tantas garantías hasta el punto de llegar a perder credibilidad en el mismo ordenamiento jurídico, por ello resulta importante cuestionarse sobre ¿la viabilidad al aplicar el derecho del enemigo del enemigo en la sociedad colombiana? Dado que como una sociedad que ha llevado un estigma de violencia durante tanto tiempo ha optado hacer estereotipos de ciudadano de bien y el que infringe la norma llegándolo a despojar de su condición de ser humano para convertirlo en “enemigo”

³ La imputación objetiva de primer nivel se contrae, en los delitos de acción, a la exigencia de una determinada relación de riesgo, para la cual es razonable exigir no sólo un mínimo riesgo, sino también la ausencia de riesgo permitido. No incluye, en cambio, los casos de adecuación social o insignificancia de la lesión, en los que falta la necesaria lesividad del hecho. En los delitos de comisión por omisión la imputación objetiva no requiere la relación de riesgo, sino la evitabilidad de la lesión en posición de garante (Mir Puig, 2003, p. 52)

ENFOQUE METODOLÓGICO

Para ello el tema se abordará dentro de una metodología cualitativa, utilizando método deductivo sobre el fin de la pena que han permitido desarrollar el derecho penal frente a la construcción de la legislación colombiana

1. EL CASTIGO LA PENA Y EL DENOMINADO “ENEMIGO”

Todo Estado de derecho fundamenta la responsabilidad de la comisión de un delito en razón de que el individuo sospechoso afecta de manera grave alguno de los bienes jurídicos tutelados⁴ por el mismo Estado por consiguiente reprochable ante la sociedad, en otras palabras más técnicas si aquel individuo realiza acciones u omisiones típicas, antijurídicas y culpables⁵ constituye esto como punible, de esta manera el ius punendi del Estado se encuentra justificado mediante la premisa que las normas establecidas son para cumplirlas caso contrario existirá una pena como castigo a su comportamiento.

1.1. Marco histórico de la pena

Por ello si se habla de derecho es imposible no pensar en justicia, sucintándose en la mente de las personas al contemplar los delitos la idea de una pena o castigo para éstos, tan es así que los matices de la concepción que se ha traído desde tiempos ancestrales aún sin utilizar la palabra derecho como adjetivo anteponiéndolo a cualquier situación, se había utilizado la pena, pues en la historia

⁴ Por nuestra parte, creemos, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico (Kierszenbaum, 2009, p. 188)

⁵ La disposición, ubicada axiológicamente en la cima del sistema penal, dota a los operadores del sistema de especial claridad y orden conceptual. No es una norma meramente declarativa ni un enunciado retórico, sino que constituye un punto de partida ineludible para la atribución de responsabilidad penal. Sin duda, al vincularse con los principios constitucionales y tratados internacionales opera con un perfil claramente restrictivo al ejercicio del ius puniendi. (Sánchez, 2014, p. 38)

se encuentran castigos asociados a hechos impuestos por una autoridad que sin duda equivalen a una condena por la realización de lo no debido, en donde inicialmente las tribus indígenas endilgaban el castigo a lo mágico o religioso, sin embargo con el código de Hammurabi, la ley de las doce tablas, en los cuales se buscó establecer la proporcionalidad del daño con el castigo a imponer no ajeno a cualquier ser humano la famosa regla “ojo por ojo, diente por diente” . (Hammurabi, Historia Clásica, 2007)

Siguiendo la doctrina⁶ en esta materia son varias las penas que se utilizaron en la antigüedad sin el contexto de un ordenamiento jurídico claro que las rigiera como es el caso de las tribus indígenas donde se establecía a la i) venganza privada absoluta, ii) la venganza de sangre y iii) expulsión de la paz como formas de corresponder a una agresión, siguiendo el desarrollo histórico de la humanidad encontramos otras formas de castigo como lo fue: i) el Talión, ii) la venganza divina, iii) la composición y iv) la venganza publica, penas estructuradas en un derecho tácito

Poco a poco los estados toman posiciones y las plasman a fin de que se distingan situaciones como los buenos de los malos, el amigo del “enemigo” tan es así que estas posiciones atávicas hacen que se proceda de una forma u otra frente a lo que es la pena como justificación a un castigo frente a individuos que se convierten en delincuentes y de esta manera cómo la sociedad y el Estado los ve⁷, posteriormente durante la Edad media se hicieron consideraciones de

⁶ Fundamentado en el escrito del profesor profesor Quisbert

⁷ PLATÓN propuso la eliminación de los infractores por considerarlos inferiores en su capacidad de acceso a las ideas puras, así como PROTÁGORAS planteó la exclusión de los incorregibles. Los romanos —relata ORTOLAN — clasificaban a las personas en civis (ciudadanos), peregrinus (peregrino), hostis (enemigo) y barbarus (bárbaros, fuera de la civilización); estos tres últimos eran extranjeros, pero se diferenciaban en que el Peregrinus se hallaba en Roma, el barbarus se hallaba fuera de sus límites y el hostis era el todavía no sometido a la dominación romana y, hasta tanto llegase a la sumisión, era considerado enemigo (hostil). En la antigua Roma Imperial el hostis populi Romani era el enemigo del pueblo y significaba que era objeto de venganza pública. Por otra parte, era tradición del antiguo Derecho penal germánico dotar al Estado de gran poder en el

acuerdo a la clase de ofensa así como a la clase de delito sin embargo todo era encaminado a la perturbación de la paz general por el actuar del individuo, pues lo que se buscaba con el castigo o la estigmatización era lograr que no se alterara las normas ya establecidas para la convivencia general⁸, preceptos que han sido descritos por varios autores⁹

1.2. Noción de la pena y la aparición del "enemigo"

Sin embargo se empieza a pensar en el individuo sobre el que recae la acción penal y poco a poco se evidencia como no se puede solo pensar en el ordenamiento jurídico y en mantener la estabilidad las normas pues la justificación del ius púnendi al recaer en el Estado no puede en últimas ser el verdugo de aquellos que se encuentran en contra de la ley tan es así que existen posiciones frente al fenómeno en crecimiento del derecho a castigar como resultado a la infracción de una pena de la siguiente manera:

ejercicio de la justicia penal, pasando de la costumbre al Derecho escrito (Aller citando a varios autores, 2006 p.. 9 C.1)

⁸ La amplia gama de categorías de delitos claramente definidos, estaban en primer lugar aquellos que atentaban contra la paz. ORLANDIS explica al respecto que el autor de tal conducta era privado de la inviolabilidad que la paz le prodigaba, pudiendo quedar —según la gravedad de la infracción— en estado de indefensión o pérdida total de la paz, porque el autor estaría sin protección frente a la comunidad política y su castigo era, más que una facultad, un deber de todos los miembros, tornándose así en una suerte de pena de muerte no privativa de la autoridad pública. (...) La pérdida de la paz era denominada inimicitia y alcanzaba al autor del delito respecto de las personas que fueren ofendidas —quienes disponían de la vindicta—, no pudiendo nadie cooperar al castigo (traycion) ni oponerse a él Así, el homicida (homiziero) era el inimicus y su pena sería el homicidium, es decir, la pena pecuniaria que además debía pagar a los deudos por su crimen (Aller citando a varios autores, 2006. P. 9)

⁹ Citaciones realizadas por Aller, Eugenio Raúl Zaffaroni, "La legitimación del control social de los 'extraños'", en Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, AA. VV., Bogotá, Legis, 2005, pp. 626 y 632. 50 J. L. E. Ortolan Generalización del Derecho Romano. Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano, t. I, trad. Francisco Pérez de Anaya, Madrid, 1947, pp. 26-27. 51 Klaus Adomeit, trad. Enrique Bacigalupo Zapater, Madrid, Civitas, 1984, p. 186. 52 Bernardino Alimena, Principios de Derecho penal, t. I, trad. Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 43. 53 Noam Chomsky, Actos de agresión, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 27-29. Del mismo autor, Cómo nos venden la moto, 13.^a ed., trad. Joan Soler, Barcelona, Icaria, 2001, pp. 33- 36.

Como el derecho de castigar no va más allá de la necesidad de tutelar a los ciudadanos contra los elementos turbulentos, no es justo tratar con crueldad a los acusados mientras no se compruebe su culpabilidad: por eso es censurable la costumbre de someter a los acusados a humillaciones, amenazas o rigores carcelarios antes del proceso: la prisión preventiva no debe ser infamante (caps. VI-VII). Los juicios han de ser públicos para no dar lugar a sospechas de tiranía e injusticia, y también hay que extirpar el deplorable sistema de las acusaciones secretas, que fomenta los malvados instintos de la traición y de la venganza (caps. VIII-IX) (Beccaria, Edición 1774, de los Delitos y las Penas)

Según lo anterior indicado se empieza a humanizar el derecho penal, a justificar el por qué la pena y para que la pena, dejando de lado el sinónimo de pena como castigo. Se convierte el derecho penal en herramienta para mantener orden más no en ir en contra del individuo tal y como indica el autor citando a Saldaña:

La ley es la máxima garantía para el criminal que, a partir de la Revolución Francesa, se consagró mediante cuatro aspectos fundamentales: *nullum delictum sine lege*, *nulla poena sine lege*, *nulla justitia sine lege* y *nulla poena sine crimine* Aller 2006, pág. 45 capítulo I

Parafraseando la premisa de ningún delito sin una ley para combatirlo, ninguna pena sin una ley para aplicarlo, una justicia sería nula sin una ley y nula sería una pena sin un crimen cometido. Transformación que sin duda cambia rotundamente la estructura teórica del derecho – la pena – el castigo – el individuo y pensamiento penalista tan es así que el Estado debe promulgar principios fundamentales, derechos fundamentales y por ende no debe realizar actuaciones que violen la dignidad humana y contra estas actuaciones no exista oposición pues la potestad juzgadora se encuentra en manos del mismo Estado.

Se vuelve la mirada entonces en contraposición a la historia a lo ocurrido en el holocausto nazi que, sin duda deja marcas imborrables de lo que fue la aniquilación de una población por razones de raza, creencias y costumbres y de esta manera se crean cicatrices y en aquellos que son administrados por el

ordenamiento jurídico en donde se busca es protegerse de todo aquel que quiera con su actuar hacer daño a la sociedad.

La palabra “enemigo” se vuelve a ver como justificación a una conducta contraria a la sociedad al cual hay que neutralizar, perseguir y por qué no decirlo eliminar.

En la posición de combatir perseguir y eliminar se basa conflictos bélicos tal como el presentado entre 1963 a 1975 entre Estados Unidos y Vietnam¹⁰ creando así una justificación a todo el actuar que “era válido” pues se estaba frente a la neutralización, defensa y eliminación de un “enemigo” sin que claramente se pueda saber la diferencia en cuál de los dos se debía “eliminar”.

Dadas las circunstancias y los resultados devastadores del pensamiento general de acabar con el “enemigo” creando un teatro que dejó huellas en las que una sociedad empieza a comprender el alcance de los prejuicios y de estigmas frente al actuar de cada individuo, entendiendo que la violencia no se combate con más violencia¹¹,

¹⁰Conflicto en la península de Indochina que tuvo lugar entre mediados de los cincuenta y mediados de los setenta y que enfrentó a los EE.UU. y el gobierno de Vietnam del Sur por un lado, contra Vietnam del Norte y las guerrillas comunistas que actuaban en Vietnam del Sur por otro. La guerra terminó extendiéndose también a Laos y Camboya. La guerra del Vietnam fue la más larga de la historia norteamericana, supuso para este país una experiencia de fracaso y frustración, constituyendo, sin lugar a dudas, el más serio fracaso de EE.UU. en la guerra fría Tomado de Historia de las relaciones internacionales durante el siglo XX, la guerra de Vietnam, Ocaña Juan Carlos recuperado en <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/vietnam.htm>

¹¹ La Carta de las Naciones Unidas (1946) afianzó la defensa y reconocimiento del valor y dignidad de la persona humana, estableciendo que ningún Estado puede denegar tales derechos a sus propios ciudadanos. Va de suyo que no se puede quitar la calidad de persona a ningún individuo de la especie humana y que la expresión ciudadano está utilizada en el sentido general de la acepción, dado que es ese el criterio seguido en todas las convenciones y tratados internacionales. Asimismo, el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reza: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. En similar sentido, el art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) establece: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y en el art. 4.1 indica que toda persona tiene derecho la vida a partir del momento de la concepción, con lo cual queda claro que se es persona desde ese mismo instante (Aller, 2006, pág. 41.)

Se humaniza el concepto de pena y se tiene en cuenta al ser humano como tal sin despojarlo de principios y derechos inalienables por el solo hecho de ser humano. Sin embargo vuelve a tomar fuerza el tan nombrado derecho penal del “enemigo” con el atentado de las torres gemelas hacia 2001 en donde la se vuelven los ojos a la teoría de Jakobs “El delincuente, se convierte en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano, por esta razón, en unas ocasiones se limita y en otras se les suprime sus garantías procesales, ante la infidelidad al derecho que protagonizó al violar la norma penal”¹², justificando en cierta manera el daño infringido por aquel que se encuentra en contra de la norma en el entendido que puede llegar a crear caos e inestabilidad.

No obstante las circunstancias el fenómeno de perseguir, neutralizar y combatir al enemigo vuelve a tomar fuerza incorporando estas teorías dentro del derecho penal que permiten justificar una incursión de derecho penal positivo sobreponiéndose a garantías y derechos constitucionales en el que se debe tratar al individuo como persona y si llegaré a ir en contra del ordenamiento alterando con ello la estabilidad general despojarlo de su status y convertirlo en peligro para la sociedad.

2. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DEL DERECHO PENAL DEL “ENEMIGO” DESDE LA PERSPECTIVA DE GÜNTER JAKOBS

¹²Rivero Evia Jorge citando a Jakobs Gunter y Canci Melia, Manuel, nota 47 El derecho Penal del Enemigo ¿Derecho penal de la Globalización?.

2.1 Avance teórico preliminar

antes de adentrarnos en las concepciones dadas por el profesor JAKOBS, resulta pertinente formar en el lector un concepto básico para que pueda entender las futuras líneas y al final del texto llegar a una construcción más elaborada de esta manera el derecho penal del enemigo puede entenderse como el conjunto de normas penales sui generis aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada (Espinosa, 2004, p.2); donde la pena no reacciona ni frente a la maldad (contra pecadores) ni frente a la nuda peligrosidad (contra enfermos), sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características (esenciales) de la configuración de la sociedad (Cansio, 2006 p. 27), surgiendo en este contexto la controversia entre la libertad y la seguridad o en otras palabras entre el bien particular y el supuesto bien comun de una sociedad.

2.2 concepción jackobsiana

El derecho penal de autor y derecho penal del “enemigo”, es descrito por el doctor Günther Jakobs en el que éste ha defendido la posición de conservación de la sociedad mediante la diferencia de aquellos individuos que son ciudadanos (Bürgerstrafrecht)¹³ y cometen infracciones y con ello están sujetos al derecho penal y la situación de los individuos que por su comportamiento delictual solo se pueden configurar como “enemigos” (Feindstrafrecht) despojándolos así de su status de persona¹⁴.

¹³ En el artículo Aporías Jurídicas de los Delitos de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Colombiano, Suarez López Carlos Alberto Revista número 4 de 2011 en su cita número 8 relaciona a Manuel Cancio Meliá (2005) e indica que pone en evidencia esta equivalencia entre el derecho penal de tercera velocidad de Silva Sánchez y el derecho penal del enemigo de Jakobs. El mismo Silva Sánchez (2008) ha manifestado que el derecho penal de tercera velocidad “guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, derecho penal del enemigo (feindstrafrecht), que se contrapone al de los ciudadanos (bürgerstrafrecht).

¹⁴ Véase GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas”, cit. Nota 5 pagina 6, Citado en Un Análisis Abstracto del Derecho Penal del “enemigo” a Partir del derecho Constitucionalista y Dignatario,

Jakobs trata de explicar la relación que hay entre lo que significa “enemigo” y el derecho penal así:

Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un “enemigo” no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un “enemigo”. (Jakobs citando a Kant, 2003, p. 26).

Es entonces la manera de indicar cómo el derecho penal es coercitivo y de una u otra forma cae en la realidad de tratar al individuo no como a un ser humano sino como a un ser peligroso que ha infringido la norma y que por ello debe tratarse como a un “enemigo” hace relación a que el Estado es como un contrato así como en su momento lo planteaba Rousseau en “El contrato Social” (Jakobs citando a Rousseau, 2000, pág. 26) en donde con el solo hecho de pertenecer a un Estado se tendrá que acatar normas, comportamientos y obligaciones que los ciudadanos aceptan a fin de que el poder estatal proteja su seguridad social.

Por ello los estados en el entendido que deberán garantizar su seguridad toman como instrumento la pena y ven la ejecución de la misma como una medida despidiendo al delincuente o desligando al delincuente de la sociedad de manera arbitraria a través de la imposición y regulación de hechos donde el individuo queda relegado o confinado a unos muros que, de ahora en adelante serán su mundo.

Sin embargo, la relación a una teoría en la que Jakobs encuadra perfectamente el derecho penal del “enemigo” es citando a Hobbes, 2000, pág. 28 haciendo analogía con “Leviatán” en el que no es el hecho de incumplir un contrato social

como se afirmaba anteriormente los hechos que desligan al individuo del status de ciudadano solo son cuando éste ha cometido un hecho de alta traición y en sí afecta al Estado y por ello se podría llamar “enemigo” he aquí donde se hace un esbozo frágil pero cierto y en el que se toma al individuo como un traicionero del Estado al que pertenece ésta teoría donde no todo individuo por el hecho de infringir la norma puede ser tratado como un peligro para la sociedad.

Jakobs indica que a los individuos a los que hay que aplicárseles el derecho penal del “enemigo” será a los que realicen actos de alta traición sin embargo en sentido existen personas que realizan hechos persistentes y por su propia voluntad hace se desvíen y excluyan de la sociedad convirtiéndose igualmente en “enemigos” siendo esta es la manera para proteger a todo los ciudadanos que tienen derecho a exigir que se les proteja y utilice medidas de seguridad pues el Estado tiene la potestad de defenderse frente aquellas personas que delinquen constantemente y de cerciorarse de su seguridad y la de sus asegurados.

Con lo que defiende Jakobs su teoría que no por el hecho de que una persona haya delinquido deberá ser tratada como “enemigo” pues la justicia se basará en su actuar se entraría a juzgar al individuo respetándolo como tal sin convertirse en cierta medida en el verdugo de una sociedad que éste mismo ha creado, pero si el individuo no se adapta a las normas de la sociedad será excluido de la misma dado que está poniendo en peligro a toda una colectividad con su actuar delictual.

La teoría de Jakobs toma trascendencia en los hechos del 11 de septiembre de 2001 en los que sin estar tan lejos se configuró las conjeturas del “enemigo” frente a dos países Estados Unidos y Afganistan con la organización Yihadista Al-Qaida y que posteriormente desató la guerra contra el terrorismo sostenida entre estos dos países, y en el que Estados Unidos empieza a ver a Afganistán como su “enemigo” y a ver a los autores de estas conductas como terroristas elevando al grado de alta peligrosidad a todo aquel que hubiese tenido que ver con los hechos

del 11 de septiembre en el que aplicaron con la mayor severidad el derecho penal, esto desde el punto de vista de la víctima, entre tanto al país de Afganistán o a los individuos afectados por dicha masacre empiezan a ver al grupo terrorista Al-Qaida como el causante de sus males contrario a lo que el grupo extremista pensaba siendo el salvador y liberador de conductas económicas y políticas inapropiadas producidas por la gran potencia, así empieza a verse la alta traición por parte de la sociedad y el Estado a estos individuos y relegándolos y elevándolos al status de “enemigo”.

El cuanto al concepto del doctor Günter Jakobs frente a lo que tiene que ver con el “terrorismo- enemigo” es sin duda uno de los pilares para la teoría del derecho penal de tercera velocidad al que se propone aplicar una legislación diferente pues en cierta manera se ha encontrado al “enemigo”, sin embargo esto resulta como un estigma dado que la base para el terrorismo o para la clasificación de los mismos no es claramente definida por tanto todo aquel que pretenda ir en contra de las normas establecidas puede convertirse fácilmente en blanco para esta aplicación doctrinal mediante la inclusión de este concepto el individuo no aparece como ciudadano pues por así decirlo aparece en el ordenamiento jurídico como “enemigo”- peligro para la sociedad.

Así la transición de ser un “ciudadano” normal a convertirse en “enemigo” está ligada a su actuar a su reincidencia y con ello al ingreso al círculo delictual que fácilmente se puede identificar pues la conformación del crimen en la que se puede ver inmerso hace que se convierta en un sinónimo de peligrosidad bien sea porque hace parte del crimen organizado o porque se convierte en delincuente y esto lo toma como “profesión”.

Por ello el derecho penal del “enemigo” es denominado o clasificado como una tercera velocidad penal así (Jakobs citando a Silva Sanchez, 2003, página 82), parafraseando en primer lugar existe el derecho que va dirigido a proteger los

bienes jurídicos fundamentales, la vida la integridad sexual va dirigido a ciudadanos comunes pues cualquiera puede cometer un ilícito, para lo cual si se priva de la libertad es excepcional y estas personas pueden tener reinserción social, en segundo lugar se encuentran los delincuentes peligroso, asesinos traficantes, y la prisión es una regla se deben encontrar en cárceles de alta seguridad, la tercera categoría es el tema que nos ocupa el derecho penal del “enemigo” es el de terroristas, conspiradores, criminales de lesa humanidad y personas que han afectado el orden interno y externo de un Estado o del jefe de Estado se basa la investigación en la tortura, no tienen derecho al proceso y si carecen de garantías guardaran prisión de máxima seguridad y jamás serán puestos en libertad.

El anterior es un ejemplo de las categorías de los crímenes y criminales, los cuales van perdiendo su status de persona su calidad de individuo y van existiendo por sus actos o por lo que pueden llegar a hacer, estos últimos individuos mencionados en el párrafo anterior son los “enemigos”.

La postura de Jakobs altamente cuestionada y en la que se pone en primer lugar la seguridad ciudadana, el Estado y finalmente se tiene en cuenta al individuo al cual se incluye solo para que el ordenamiento jurídico paradójicamente lo excluya por su actuar delictual muestra una teoría lineal sin tener en cuenta las causas solo las consecuencias.

La perspectiva de la punibilidad y la teoría anteriormente descrita hace que el tema del derecho penal y el derecho penal del “enemigo” sea entendible, cuestionándose hasta qué punto los estados se han convertido en “guardianes” de las conductas penales cometidas por las personas encontrándose en un círculo vicioso en el que los buenos persiguen a los malos y que acaba con una consecuencia degradante al individuo como persona como ser humano siendo un tanto inquisitivos en la manera de cómo la sociedad juzga “a priori” en una línea

tan delgada como lo es estar dentro de lo que es socialmente aceptable y lo que no es y dentro de una conducta que puede llegar a convertirse en delito hace que este individuo de un momento a otro pierda todo, su status de ciudadano, su libertad de locomoción, sus derechos, su familia, su dignidad y porque no decirlo hasta su sentido común y su personalidad, en donde su mundo se convierte en un estado de relegación, se vuelve una cifra más olvidada en las cárceles de cualquier país y en las que deja de importar incluso a sus más cercanos conocidos.

Inserta las situaciones fácticas en las que un ser humano se puede ver involucrado, indica que las sociedades organizadas siguen conductas de comportamiento en las que se es claro tener derechos y deberes, habla de las penas que se le imponen a un individuo luego de que ha cometido un delito y muestra que a éste se le trata tan pronto realiza una conducta punible como a un “enemigo”, para la sociedad en la que por prevención general positiva es llevado a extremos y hace relación a que lo que se le llama derecho penal del “enemigo” nunca podrá ser derecho.

El significado que se le da a la pena como un medio para garantizar la seguridad para el ordenamiento jurídico, es utilizada para poder dar seguridad a la sociedad en frente de un hecho culpable es cuestionable la manera como se ve al individuo como peligro para la sociedad en el entendido que éste es utilizado como un conejillo de indias para intimidar a otros y para que no sigan su ejemplo pues de llegar a hacerlo correrán la misma suerte sin llegar al punto neurálgico del asunto de el por qué, de las causas de la criminalidad, o del hecho delictivo en sí.

Es acertado al ver la pena no solo como el significado relevante que tiene para la sociedad dentro del ámbito de la esfera jurídica pues esta tiene una relevancia no solo jurídica, física para una persona privada de la libertad esta tendrá una relevancia psicológica sobre el sujeto al que le es impartida la cual se hace

habitual y concurrente frente a los hechos que son vulnerables de los delitos de lesa humanidad así como de los denominados bagatela por así decirlo.

3. DERECHO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN

Para algunos doctores en la materia el derecho penal no solo es una herramienta de coerción que debe ser utilizada por el Estado es una aplicación a la norma que, de manera correcta permite que se pueda ejercer control sin que con la justificación de mantener la estabilidad y orden establecido jurídicamente se tenga que ir en contra de principios constitucionales llevando hasta el límite el poder de represión punitivo dejando de lado la esencia de esta ciencia la cual es mantener mediante preceptos y principios las garantías de los individuos sin importar sobre cuál de estos cae la acción penal de manera activa o pasiva por ello la defensa de las normas ya establecidas en un Estado desde el punto de vista del doctor Claus Roxin es acertada frente a que:

El ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido a la merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatan” (Zambrano, 2005, p. 2)

Lo que busca el doctor Roxin frente a lo antes expuesto es indicar que si bien la potestad punitiva se encuentra en manos de cualquier Estado, éste no puede ser arbitrario frente a la aplicación de las normas que buscan mantener la estabilidad jurídica y con ello no llegar a un extremo de Estado garantista o Estado represivo defendiendo el derecho penal de acto frente al derecho penal de autor haciendo referencia a la culpabilidad así como a la forma de vida del autor del hecho ilícito¹⁵

¹⁵ Veáse La Culpabilidad por Conducción de vida ,Mezger en la que indica que el que actúa culpablemente es “aquel cuya acción jurídicamente reprochable es la expresión de su personalidad” citado por Velásquez Fernando del Tratado II pág. 247 en La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad, revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.50 año 1993,Lima, p. 283-310

la cual se tomó en Alemania a fin de castigar al individuo por su forma de vida; siendo este uno de las características del derecho penal de autor.

Sin embargo logra indicar que uno de los puntos a tocar es la culpabilidad dejando de lado la forma de vida del autor en el que claramente la culpabilidad es un punto relevante para la determinación de la pena, y se debe tener en cuenta el principio de la resocialización aspecto fundamental al momento de impartir una condena dado que el fundamento del derecho penal se basa solo en la culpabilidad para tasar las penas dejando de lado aspectos sociales, de la vida anterior a la comisión del delito y las circunstancias personales del culpable se hace mella en que no puede ser posible imponer una pena menor a las ya impartidas en el ordenamiento jurídico penal así las cosas se cita a Schultz en cuanto a la culpabilidad (Roxin,1981, pág. 95).

“Invocando el artículo 59, sec. 2, del Proyecto Alternativo Alemán del que fue uno de sus redactores, considera que hubiera sido mejor que la culpabilidad sólo hubiera tenido efecto como fundamento y como limitación de la pena y que la ley, en consecuencia, no exigiera imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización». (Schultz 1969)¹⁶

Se demuestra que Roxin quiere exponer que con el ánimo de generar una seguridad a un ordenamiento jurídico el individuo no debe ser estigmatizado a priori contrario a ello se debe tener en cuenta la culpabilidad y que grado de ésta se tiene al momento de infringir la ley contrario a que se deberá tildar de “enemigo” la propuesta es tasar una pena de acuerdo a su grado de culpabilidad y darle la posibilidad de resocialización, esto como una función de la pena que se impartirá.

Es claro que la comparación del derecho penal Alemán y el Suizo con forme a lo anterior citado sirven para verificar la importancia a la culpabilidad como razón de

¹⁶ Veáse «Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil», 1966, 2.a ed., 1969. El § 59, 2, dice: «El grado determinado por la culpabilidad sólo puede imponerse en toda su extensión en cuanto sea necesario para la reinserción del reo o la protección de bienes jurídicos.»

ser de la pena y como el punto de partida para tasarla, sin embargo empieza una corriente muy fuerte a preocuparse con el qué hacer con el reo, las consecuencias sociales y el impacto no solo jurídico sino la función del tener una persona privada de la libertad sin un sentido por lo que el principio de resocialización se pone como alternativa y toma un sentido más humano el derecho penal por lo que el juez no puede imponer una pena tan alta que ya no se sienta adecuada la culpabilidad lo que si puede hacer el juez es decidir hasta dónde puede llegar en el margen de libertad que se le está imponiendo. Lo que quiere decir que según la culpabilidad la pena sería exactamente igual a dicha culpa según indica el autor darle una pena que se ha merecido de acuerdo al hecho delictual.

Así las cosas, si existiere una variación mínima no se hace necesario adecuar en el sentido estricto que la pena debe ser exactamente proporcional al delito esto quiere decir que la pena deberá ser ejemplarizante cumpliendo un fin político social y servirá de prevención general en el que la condena es aceptada por la sociedad como una condena justa.

Frente a frases exactas para definir la pena citar a Hans Schultz “la pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas” (Roxin 1981 p.98) así las cosas se empieza a contextualizar y a dar un rumbo diferente en el que la pena va más allá de la moral y de todo lo impropio la pena es una consecuencia de una realidad y esta debe ser adoptada por personas para personas.

Asimismo se hace ver que el derecho penal es solo una herramienta del Estado que coadyuva a que el ordenamiento jurídico tenga una sana y pacífica convivencia en la sociedad pues este es un derecho protector en tanto que si así fuera el derecho protector no solo deberá proteger a las víctimas y a la sociedad sino que tiene que ser garante de los derechos fundamentales que cada ser humano tiene y también en este caso el criminal quien en medio de todo es el conejillo de indias del derecho penal al que se le envía a una cárcel sin tener en

cuenta el principio de resocialización, se deja a la deriva tal pareciera que la sociedad y el estado quisieran borrar las conductas y los individuos con el simple hecho de cerrar las rejas de una cárcel y olvidarlos permitiéndoles que se fundan en sus desechos humanos y se consuman dentro de lo más bajo que da la sociedad resultado de la mezcla de los “malos” por así decirlo con los “más malos” en un espacio en el que ya no se puede decir que se ocupa de acuerdo a sus derechos, se ocupa el espacio de acuerdo al dinero que se puede pagar y así mismo será la condición de vida del sindicado, o del condenado que tal pareciera ocupan los mismos estratos de la sociedad que los desecha y mira hacia otro lugar, dado que estas personas son el reflejo de la realidad de una sociedad que hoy por hoy se encuentra descompuesta.

Claro es el ejemplo que da el autor en cuanto al hombre que con problemas mentales y alto grado de inimputabilidad y que por razones de su demencia asesina a su hija de 19 años y es llevado a juicio en el que se discute una pena de 19 años de prisión o cadena perpetua, finalmente se decide que la cadena perpetua es lo mejor basados en el principio de la prevención general dado que si el delincuente da muerte a su propia hija puede hacerlo con cualquier otro miembro de la sociedad, el cuestionamiento de la pena recae en si es justo someter a cadena perpetua a un ser humano por un hecho delictivo entonces se está frente a la tasación de la pena por la culpabilidad del autor de la conducta punible, se plantea que con base en el principio de la prevención general se puede ejercer el derecho pena no como una herramienta que permita resocializar a un ser humano o ayudarlo en este caso sino que se utiliza el poder de intimidación a fin de que las personas vean o tomen como ejemplo la pena y este sea el fin de la misma pues se va en defensa de un ordenamiento jurídico en el que el derecho penal es el juez natural y el que decide el destino de estos seres humanos de su vida y hasta de su muerte en los casos donde se contempla la pena de muerte y en la que es aprobada por todos como medio de ejemplificación o de

consecuencia en el que el dolor infringido se paga con dolor, algo parecido a la ley del talión.

He ahí donde viene otras palabra clave y es la pena no puede ser superior al límite máximo (Roxin 1981, pág103) es entonces donde empieza el interrogante del máximo en el sentido en el que se pregunta si el eje central para dicho máximo es la culpabilidad que se tenga acerca de un hecho delictivo o la responsabilidad generada frente a éste, por lo que la premisa de que la pena por prevención general no se puede tomar e imponer ésta por el grado de culpabilidad dado que en este caso la pena se toma es por criterio de intimidación mas no porque sea proporcional al hecho punible realizado de igual manera indica que la pena no puede ser tan mínima y no equivalente a la culpabilidad pues esto permitiría que se encuadrara en la permisibilidad para todo hecho fuera de las normas por lo que se hace necesario poner límites adecuados a la culpabilidad o a la prevención del hecho delictual.

Se cuestiona el hecho de que la pena privativa de la libertad puede ser nociva en el sentido que la duración de ésta puede tener efecto negativo para aquellos delincuentes que tiene familia, amigos y un núcleo social bien conformado en el sentido que el estar aislado y sin libertad puede terminar con estos vínculos de sociabilidad y entonces se hace pensar dónde quedaría la función resocializadora cuando ya no se tiene contacto con el mundo exterior y en los casos que puede darse una pena en la que no necesariamente tenga que ser privativa de la libertad esta generara mayor efecto resocializados que el aislamiento intramuros al que se somete el delincuente por ser un "peligro" para la sociedad, se contextualiza que se debería tener en cuenta aquellos casos en los que no necesariamente la sanción intramuros generaría el impacto positivo adecuado sino el impacto negativo y de destrucción que recaería sobre el delincuente el purgar una pena excesivamente extensa que no solo acaba con sus ideales sino con la esperanza

de resocialización por lo que en este caso no sería un efecto resocializador sino de-socializador.

Se hace necesario aclarar que el modelo Suizo y el Alemán se han extraído para nuestro ordenamiento jurídico extractando algunos apartes y que no es literalmente un modelo Suizo o un Modelo Alemán pero si estas bases para nuestro sistema jurídico el cual es una colcha de retazos de cada sistema de organización penal efectivo dentro de sociedades totalmente diferentes a la nuestra.

4. SE PLICA EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O EL CONCEPTO DE ROXIN EN COLOMBIA

Asegura Jakobs que el derecho es tan objetivo como la sociedad en que se desarrolla (Dozo, 2006 publicación La nación), ahora bien si lo ponemos en el contexto de Colombia, que es un país que con el tiempo se ha desarrollado en crisis de violencia desatadas por los grupos al margen de la ley, el narcotráfico y los fenómenos de criminalidad creciente no podría hablarse de objetividad dado que la sociedad Colombiana ha evolucionado con el temor de que la violencia será desatada por cualquiera de los fenómenos antes descritos o por las consecuencias que estos mismos desligan como son el desplazamiento forzado, la delincuencia común la marginalidad, reclutamiento de menores que engrosan las filas de las FARC O ELN.

No obstante la sociedad colombiana ha crecido con la idea de protección desde el ordenamiento jurídico y se ha formado con reformas a la justicia que le han permitido tener tantas leyes como delitos existen en el que se ha aplicado las normas que pueden estar o no en vigencia dependiendo del momento histórico en el que se presentaron los hechos, ejemplo claro es el caso del palacio de justicia, que aunque los hechos fueron ocurridos el 6 de noviembre de 1985, algunos de

los delitos endilgados al coronel Plazas Vega son los contenidos en la ley 599 de 2000, “Desaparición Forzada Agravada” Artículo 268 A¹⁷ quince años después de la ocurrencia de los hechos nació uno de los tipos penales por los que hoy en día se encuentra condenado, téngase en cuenta que con la Constitución de 1991 se encontraba inmerso el concepto bajo el título II, capítulo I, 6 años después de la comisión de los hechos, inclusive sin embargo la violación al principio de legalidad no se presenta dado que existen tratados internacionales los cuales según nuestra carta magna se deben respetar¹⁸ los cuales fueron suscritos hacia 1993 luego de la Constitución de 1991.

El ordenamiento jurídico ha pretendido buscar al “enemigo” aún sin saber quién es o que daño va a realizar es herencia y resultado de las situaciones que Colombia ha desarrollado frente a la violencia, por tanto dentro de la prevención de que dicho “enemigo” emerja y que con su actuar pueda realizar daño se toma como opción volver la cara a un derecho y sancionar la conducta y la peligrosidad de un individuo más no sus actos; de la misma manera el Estado ha creado mecanismos para poder “vigilar” y salvaguardar la seguridad general en razón a ello existe la restricción en cierta manera de la privacidad pues el ente investigador tiene facultades para poder allanar la residencia de una persona cuando se ésta haciendo una investigación, registro de lugares y la interceptación telefónica como

Vease República de Colombia, Ley 599 de 2000, publicada 24 de noviembre de 2000 Código Penal de 1980, artículo 268 A 268 A “Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 589 de 2000. El texto es el siguiente:> El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas” de cinco (5) a diez (10) años. RECUPERADO EN http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/codigo_penal_1980_pr008.htm

¹⁸ Los tratados que constituya Colombia y se haga Estado parte tendrán que acatarse Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

el ya conocido caso de DAS¹⁹, con el ánimo de adelantar labor investigativa y aún sin que el individuo haya cometido un delito se le está vigilando

De esta manera se ha buscado hacer un paralelo entre quienes son sujetos investidos de gran peligrosidad frente a aquellos que no lo son poco a poco se ha ido creando el uis punendi frente a la cual el Estado defenderá frente a todos y contra todos la seguridad de sus administrados permitiendo con ello que se hayan creado casos como el de Santo

Domingo ocurridos en 1998²⁰ en el que Colombia resultó condenada por los hechos allí presentados en donde claramente el estereotipo del “enemigo” hace que se sucedan casos en el que la población se ha visto afectada sin que exista claridad frente si lo que se quiere es la seguridad y por sobre todas el velar por las normas establecidas y derechos que a todas luces se deben defender sin importar el lado del que se encuentre el individuo ya sea víctima o victimario, en su afán de establecer la seguridad y buscar al “enemigo” como tal.

Tristemente sean visto escenarios como el de “Mapiripan”²¹ en el que claramente se puede ver como el afán por eliminar al “enemigo” se convierte en un objetivo

¹⁹ Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fecha 28-04-2015, proceso 36784 En donde se indicó que pudo ser probada la configuración de ejecutar actividad de inteligencia para obtener información reservada de la Corte Suprema de Justicia por parte de personas adscritas al Departamento de Seguridad DAS entre ellos María del Pilar Hurtado por medio de la Violación ilícita de comunicaciones y abuso de Autoridad [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN\(25-05-15\)/SP5065-2015.pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN(25-05-15)/SP5065-2015.pdf)

Vease Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia, Resumen Oficial, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 30 de noviembre de 2012, En donde se planteó la responsabilidad por violación del derecho a conocer la verdad por los hechos ocurridos en 1998 donde fueron asesinados 9 integrantes de las fuerzas militares y 17 Civiles y por estos hechos fueron condenados en diferentes sentencias a un integrante de las FARC alias “Granobles” y dos pilotos de la Fuerza Aérea Colombiana por delitos que involucran entre otros los hechos de dicha masacre, en contradicción de otras sentencias que fueron pronunciadas a nivel interno. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_259_esp.pdf

²¹ Corte IDH, Caso “Masacre de Mapiripan” vs Colombia, excepciones preliminares, sentencia 7 de marzo de 2005, serie C N 122 Los grupos al margen de la ley denominados como autodefensas en hechos ocurridos en 1997 realizaron actos por medio de los cuales costó la vida a un número indeterminado de personas; sin embargo el Estado fue condenado por la Corte Interamericana de

sin tener en cuenta los daños que puedan generarse en razón a la neutralización del mismo siendo el Estado el que frente a estos hechos debe proveer justicia teniendo que investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos llegando con esto a justificar actuaciones delictivas frente a hechos en los que se indica se estaba neutralizando al “enemigo”

Con el ánimo de no llegar al punto de un Estado totalmente autoritario se empieza a volcar la atención frente a que la potestad punitiva y éste no puede llegar a sobrepasar y violar derechos fundamentales tan es así que se ha indicado por parte de la Corte constitucional que no puede exceder su poder en cuanto a las conductas punibles y no puede sobre pasar sus límites frente a las personas a las que se encuentra juzgado con el poder especial que es conferido mediante el legislativo y aplicado por el órgano judicial, es acertado mostrar el siguiente aparte en donde contextualiza la razón de ser de la anterior sentencia en el siguiente orden de ideas:

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PODER PUNITIVO ORDINARIO DEL ESTADO-Alcance Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos” (Expediente R.E. 119. Revisión Constitucional del Decreto 1900 de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal, pág. 1).

Esto lo hace el legislador en el sentido de que se debe evitar cualquier exceso en la pena que permita que se configure un injusto frente a quien ha cometido una conducta delictual.

Así mismo la Corte en el análisis que le hace al decreto 1900 de 2002 indica en cuanto a los tipos penales que:

En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca (Expediente R.E. 119. Revisión Constitucional del Decreto 1900 de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal, p. 1)

Téngase en cuenta que le se hace referencia a lo que el legislador debe y puede hacer a fin de no vulnerar los derechos constitucionales que el autor de una conducta punible tiene; sin embargo Colombia tiene tantos casos de mala aplicación de la ley penal que el texto anterior pareciera letra muerta, ejemplo casi configurado es la pena por coautoría en un delito impuesta a una persona sin que se haya conocido a ciencia cierta quién es el autor de la conducta punible entonces cabría la pregunta por qué se castiga al coautor de una conducta punible cuando no se sabe tan siquiera quien es el autor, esto es un vacío en el que el legislador toma la ley y tergiversa e interpreta de una manera diferente pues castiga al coautor aún sin saber quién es el autor del delito.

He ahí donde parece que esta relación hecha por Jakobs no se cumple al pie de la letra en nuestro país y mucho menos la posición de Roxin pues si somos críticos y si se realizara de esta manera una clasificación exhaustiva no existirían personajes como “Popeye” quien es recordado por sus crímenes en la época en la que el narcotráfico y sus consecuencias son recordadas tristemente y quien

tuvo pagó 22 años de cárcel por un sinnúmero de delitos sin que se haya tenido en cuenta la relación que era un “enemigo” para la sociedad o “Garavito”²² al cual lo tienen aislado, de estar todavía recluso y el que es prácticamente intocable pero no es tratado ni estudiado a fin de prevenir la creación de estos psicópatas en nuestra sociedad, pareciera que a nadie le importaran los numerosos casos de abuso, tortura y homicidio a tantos menor.

En Colombia se ven casos como el de “Rojas” aquel jefe de seguridad del guerrillero Iván Ríos, quien luego de ultimarle corto su mano como muestra de que había acabado con su vida y así poder cobrar la recompensa, pasando a segundo plano la vida que sin importar de quien sea o de qué lado se encuentre sigue siendo el derecho más protegido en cualquier parte del mundo.

Estos son ejemplos tristes de cómo el derecho penal opera y ha hecho una especie de mercado donde ha revuelto todas las teorías aquí presentadas en una bolsa y en la que pareciera que sacada de ésta lo que mejor le convenga para ejercer de manera totalmente errada e incorrecta lo que debiera ser el derecho de defensa de derechos humanos de víctimas y victimarios en el que diariamente mueren una cantidad importante de reclusos que no tienen la relevancia de los personajes anteriormente nombrados o en el que existen personas pagando con su cuerpo, su trabajo y su vida derechos tan simples como una cama, un jabón, un baño en las cárceles de nuestro país atestadas de delincuentes de poca monta pues la atención se centra en aquellos personajes que por su actuar han hecho que el derecho penal parezca ridículo al momento de implantar una pena que es laxa y totalmente igual para el que asesinó 200 niños como para el que acabo con la vida de uno solo.

²² Luis Alfredo Garavito Asesino serial de más de 192 niños, véase el Gran Fracaso de la Fiscalía 192 niños asesinados 2002, confesión realizada por parte del Garavito a Mauricio Aranguren y consignada en el libro en mención.

Para el derecho penal existe un discurso el cual viene ligado de una evolución a conductas del ser humano a teorías y a el implante de un sistema lógico que permita juzgar a un individuo dentro de un contexto aceptable y jurídicamente sustentado y que este se ha hecho perverso solo por la mala aplicación de conceptos de los juristas como este:

“Si un grupo de personas estuviese a punto de darnos muerte y no tuviésemos posibilidad alguna de defensa, pero en ese preciso instante el grito de una lechuza les anunciase la presencia de un “alma en pena”, enfundándoles tal miedo que inmediatamente nos liberasen huyendo despavoridos no cabe duda que nos felicitaríamos inmediatamente por la acción accidental que presenta la lechuza, pero eso no significa que comencemos a creer que “las lechuzas son almas en pena” el discurso penal es tan perverso que a partir de la presencia salvadora de la lechuza, hace que los juristas conecten seriamente las “almas en pena” con las lechuzas enamoradas” (zafaronni, 1998, pág. 35)

Así las cosas el jurista trata de justificar la imposición de la pena con una realidad y la consecuencia de ella misma por ende crea tantos tipos penales como conductas impropias hay para “regular” en cierta manera el actuar del individuo en sociedad, tal es así que se ha llegado al punto que si no existe conducta penal para ubicar una acción de inmediato el legislador la crea y el jurista la acepta.

Aplica en el caso de Colombia se puede ver como se ha realizado una perversión del discurso penal y su aplicación en los que se evidencia de manera ejemplar la manera cómo funciona el sistema penal en sin irnos más lejos veamos el caso de “DMG” con el señor David Murcia Guzmán al que detuvieron, legalizaron su captura y solo hasta el momento de la imputación de cargos se evidencia que no existe delito para la acción de dicho individuo es entonces donde el legislador - gobierno crea el tipo penal de “captación ilegal de dinero”²³ con base en un estado

²³ Véase Decreto 4336 de 2008 por el cual se modifica el código Penal, 17 de noviembre de 2008 "**Artículo 316.** *Captación masiva y habitual de dineros.* El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil

de excepción económica creado por la incertidumbre que se estaba generado por el fenómeno de las pirámides, es entonces donde no solo se imputa un delito que no estaba creado al momento de la comisión del delito sino que se aplica la retroactividad de la ley en el mismo, vulnerando todas las teorías de derecho penal y pasándose por encima de cualquier presupuesto de principios constitucionales, se aplica la ley de manera retroactiva no se tiene en cuentas principio de favorabilidad, debido proceso y se juzga con base en la “seguridad económica nacional” es entonces donde se evidencia que el discurso penal es perverso que se compara solo con una cacería de “brujas”.

Ahora bien, si se ve desde el punto de las garantías y derechos constitucionales así como desde los principios de legalidad como protagonista nacen posiciones en aras de salvaguardar el derecho interno la esencia de mantener el orden por ello el legislador ha creado oportunidades para que el individuo pueda “ayudar” a desarticular la delincuencia dando a cambio medidas para rebaja de penas así mismo en aras de salvaguardar la paz ha creado diálogos con grupos insurgentes y ofrece oportunidades a desmovilizados, leyes de justicia y paz preacuerdos; todas estas figuras solo con el ánimo de “negociar” una seguridad jurídica en un ordenamiento que aplica la norma según el momento y el individuo que infrinja la ley.

REFLEXIÓN

En Colombia el derecho penal deberá asumir problemas más sociales donde el sistema jurídico sirva para hacer parte de la construcción de una sociedad más no para mostrar lo más decadente como en el caso de las cárceles por lo que se

debe dar cierto status en el que no sea una especie de sirviente y mucho menos un verdugo pues lo que se trata es de evolucionar entregando un derecho penal que sea capaz de comprometerse con una sociedad la cual debe ser reeducada y permita que el derecho punitivo sea el que coadyuve con su evolución mas no a su involución

El comportamiento va ligado a las normas y las normas al sistema jurídico y más acertadamente al jurídico penal se hace necesario tener en cuenta que la manera de cómo evolucionará el derecho penal es de acuerdo a conductas socialmente aceptadas en la medida que se impone por la costumbre las normas las cuales poco a poco se van introduciendo en la sociedad y estas son las que van tomándose como hábitos y hacen que de una u otra forma exista la norma, sin embargo el cuestionamiento de cómo hacer que las personas irracionales o aquellas desadaptadas puedan seguir dicha manera de operar pues para las personas que no siguen reglas y que van en contra de las normas y más aún que son delincuentes natos o antisociales por así decirlo son el reto del verdadero derecho penal pues este no puede imponerse a los irracionales, antisociales o delincuentes natos por lo que se debe hacer seguimiento al núcleo central del problema del individuo y arrancar de raíz o tratar de raíz temas como drogadicción, alcoholismo, abuso, maltrato y enfermedades de carácter mental, esto solo se logra con la creación de conciencia de un Estado que invierta en política criminal desde la política social

Se debe abogar al sentido de que el hombre es por naturaleza social por ende si se incluye a la sociedad de manera activa en donde la sociedad se anteponga al sujeto con patrones de comportamiento indudablemente el sujeto tendrá que ceder, por ejemplo el beber y realizar una actividad peligrosa como es manejar se hace casi a diario si la sociedad excluye al sujeto que realiza este tipo de comportamientos éste deberá ceder y no realizar dicha acción contrario sensu la sociedad se encarga de brindarle el trago de parquear el carro en los centros en

donde consumirá y permite que el individuo hasta altas horas de la noche se encuentre en un sitio y no solo está tomado sino que puede seguir pidiendo licor el cual es vendido dado que se encuentra de por medio el dinero sin que se pueda ir más allá de las consecuencias que tendrá el que este individuo que ya ha sido aceptado socialmente ebrio conduzca un carro y termine cometiendo un hecho delictivo, pues lo que la sociedad rechaza no es el consumo de alcohol sino la consecuencia que genero el comportamiento de esta persona en sí, sin embargo si se hace un bosquejo general la culpa no solo es de quien cometió el hecho pues la culpa viene desde la misma persona que le vendió el primer trago y la cadena de personas que socialmente aceptaron este hecho.

CONCLUSIONES

La sociedad al demandar mayor seguridad jurídica ha vuelto sus ojos al derecho penal del enemigo pues este se ha convertido en cierta forma en la respuesta al comportamiento delictual de aquellos que son un “peligro” para la estructura ordenada de una colectividad que se rige por normas y que las ha creado de acuerdo a la evolución del comportamiento social aceptable de los individuos; con el devenir de los tiempos el derecho penal ha cambiado y sin duda ha evolucionado dado que el ser humano es cambiante así como sus ideas y los principios que lo conforman es el resultado del mismo pensamiento del ser humano que reacciona a fenómenos como el de la criminalidad y da respuestas frente a éstos creando normas que tiene que reformar con el paso del tiempo dados los cambios culturales que se presentan y por supuesto la manera de actuar de los individuos frente al delito.

De esta manera nacen las leyes, como resultado de fenómenos sociales a los que el jurista con el paso del tiempo les da un valor y éste se convierte en principio siendo así la base de toda normatividad la cual se ha ido endureciendo y creando

nuevos tipos penales así como nuevas formas de penalizar actuaciones que van dejando huella como son el terrorismo, la organización criminal y porque no decirlo frente delitos sexuales los cuales crean un alto impacto en las sociedad y tiene un rechazo generalizado por las efectos que generan estos actores delictivos.

Por lo anterior cuando Gunther Jakobs, plantea el concepto de vulneración de la seguridad abriendo la posibilidad de un derecho penal para aquellos que con su comportamiento son enemigos teniendo en cuenta que hacia 2011 con el atentado a las torres gemelas hace que ese sentimiento abstracto que se ha planteado desde siempre, de que existe individuos que pueden con su actuar materializar el daño y la maldad se hizo realidad y como consecuencia el “enemigo” se hizo evidente, sin duda los actos terroristas a los que se expuso toda la sociedad estadounidense sirvieron de ejemplo para indicar que el derecho penal tendría que verse no solo desde el crimen cotidiano sino de las consecuencias que pueden tener los actos de aquellos individuos que van en contra de la seguridad y normatividad de un Estado.

Es así como aparece el “enemigo” como antagonista del derecho penal tomando forma por lo que se visualiza que no solo en el contexto de Estados Unidos existía pues fuera o dentro de cualquier país habían grupos con las mismas similitudes organizacionales y capaces de hacer daño a toda una sociedad, tratándose de organizaciones criminales las cuales se debe tratar como enemigos y al que se debe despojar de todo status de persona.

Es de esta manera en donde empieza a tomar fuerza las políticas criminales de la coerción y de esta manera es utilizado el derecho penal para un solo fin el cual es proteger los bienes jurídicos ya tutelados al igual que los no tutelados siendo un instrumento la defensa y la tranquilidad generalizada, por lo que se ve el derecho penal no solo desde la culpabilidad pues se tiene en cuenta el fenómeno de la criminalidad y prevención de la misma

En respuesta a los fenómenos delictuales presentados se hace evidente la teoría de Jakobs frente a los individuos que van en contra de las leyes por ende éstos deben ser tratados con la coacción más intensa la cual debe venir del derecho penal pues con su actuar están enseñando que van en contra de toda norma por lo que pueden alterar el orden establecido para que una sociedad pueda funcionar.

Por otro lado se encuentra la otra cara de la moneda, y es el de aquellas personas que sin ser delincuentes pueden llegar a infringir la ley y a pesar de que pueda el individuo a cometer un delito no es esta la percepción que se tiene frente al delincuente es por ello que contrario a Jakobs Roxin apuesta a la resocialización de individuo no como un punto utópico sino como una realidad además de ello indica que la pena debe tener un fin político y social que sirve de prevención general y que no siempre se debe tratar a los sujetos que realizaron un actuar delictivo como un enemigo pues se debe tener en cuenta el grado de culpabilidad para la realización de la acción delictiva.

No obstante habrá que tener en cuenta que el resultado de la aplicación normativa no solo nos arroja delincuentes reincidentes que hacen del delito y la cárcel su manera de vida al igual que aquellos delincuentes que no son un peligro para la sociedad y que son llevados mezclados con aquellos que son altamente peligrosos y que han tenido y mantenido un círculo delictual en toda su vida y por ende son y han sido criminales todo el tiempo

Frente a lo anterior podría inferirse que existe dos tipos de delincuencia unos individuos más peligrosos que otros en los que es evidente que no existe resocialización alguna frente aquellos que de una u otra manera han logrado salir del círculo delictual es ahí donde el Estado entra no solo como el encargado de salvaguardar la seguridad y estabilidad sino como aquel que genera bienestar para todos los miembros de una sociedad sin importar si son o no delincuentes o si unos tienen un actuar delictivo mayor a otros; es de esta manera cómo

funcionan las teorías del derecho penal se supone que al individuo de alta peligrosidad y que con su actuar al generar un daño para la sociedad debería tratarse como a un “enemigo” como lo plantea Jakobs y a aquel individuo que ha cometido un error puede tratarse desde el grado de culpabilidad que presentó al momento de realizar la acción típica, antijurídica y culpable como diría Roxin

Sin embargo la realidad en Colombia es diferente, existen tantas aristas como tipos penales hay en el país, siendo evidente que al querer proteger a una parte de la sociedad se está desprotegiendo a otra en el entendido que la realidad carcelaria en el país es sinónimo de violación a garantías constitucionales y al querer proteger a una sociedad de los individuos peligrosos para la misma se está dejando de lado a aquellos que se encuentran dentro de los sitios de reclusión los cuales son confinados, rechazados socialmente y marginalizados aún después de pagar su condena sin que exista un programa de resocialización efectivo en el que se vea como estos sujetos puedan salir del círculo delictual al que algún día entraron.

Por otro lado se puede ver fenómenos como el de la rebaja de penas por la cooperación la desestructuración de bandas criminales, los acuerdos entre los entes investigativos y aquellos criminales para recibir beneficios jurídicos, carcelarios en el que la otra cara de la moneda sale a relucir, donde la teoría que plantea Jakobs para los grupos terroristas se debería aplicar y tratarlos como enemigos; paradójicamente al que es tratado como enemigo es aquel delincuente que no tiene nada que ofrecer y por ello termina pagando penas muy altas en una sociedad que lo ha condenado al olvido incluso mucho antes de confinarlo a una cárcel.

Son dos panoramas distintos donde se trata al individuo dependiendo de lo que puede aportar para poder desestructurar la delincuencia, si éste nada puede aportar nada podrá ofrecérsele y terminará cumpliendo una condena en el lugar

donde se encuentran desde los delincuentes más peligrosos como aquellos que por circunstancias menos gravosas terminan en el mismo lugar.

Finalmente se debe tener en cuenta si tratar a los sujetos como enemigos no hace que la sociedad se convierta en el propio verdugo de lo que ha creado o si por el contrario al tratar de prevenir con el confinamiento a ciertas personas y conseguir que exista seguridad y tranquilidad frente a que no se infrinjan las normas estamos convirtiendo a un individuo en un potencial delincuente y a la sociedad que se trata de proteger en una potencial víctima con el paso del tiempo como consecuencia de una política criminal mediática.

REFERENCIAS

Beccaria C. (1774). De los Delitos y las Penas

Bernat, j. Louk H. (1984). Sistema Penal y Seguridad Ciudadana,
Hacia una Alternativa. Barcelona: Ariel S. A.

Cansio, M. (2006). De nuevo ¿derecho penal del enemigo?. Madrid: Civitas.

Dozo Moreno Sebastián (2006) “El Enemigo Tiene Menos derechos” Dice Günter Jakobs La Nación, sección cultura, recuperado en Hammurabi, Historia Clásica, 2007

Espinosa, M. P. (2004). El derecho penal del enemigo. Mexico: Universidad Veracruzana.

Hassemer W. (2002), Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal, Editar Instituto Nacional Penales, Tlalpan, México,

Jakobs G. (1996) Sociedad Norma y Persona una Teoría de un Derecho Penal Funcional, Civitas

Jakobs G. M. & C. M. (2003) ¿Qué Clase de Abolición? Derecho Penal del “enemigo”, Madrid: Civitas

Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y ensayos* (86), 187-211

Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 5, 1-19.

Quisbert, E, (2008). Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes.:CED

Rivero Evia Jorge citando a Jakobs Gunter y Canci Melia, Manuel, nota 47 El derecho Penal del Enemigo ¿Derecho penal de la Globalización?.

Roggero, J. (2011). Entre la justicia y el derecho. Una lectura crítico-deconstructiva de “¿qué es la justicia?” de Hans Kelsen. Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L-Gioja, 153 – 461,

Roxin C. (1981), Derecho Penal, Madrid: Civitas

Roxin C. (2000) Traducción Rivero Gómez Carmen, Garci Cantizano María del Carmen, La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el procesal penal, Tirant lo blanch

Sánchez, S, F. (2014). La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. *Revista de Derecho* (42), 33-64

Zafaroni Eugenio Raúl, En Busca de las Penas Perdidas, Deslegitimación y Zambrano Pasquel Alfonso, Derecho Penal del “enemigo” Amparo de la Libertad, revista jurídica On line 2005. Universidad Católica de Guayaquil

Corte Constitucional Revisión del Decreto 1900 de 2002, Expediente R.E. 119. Sentencia 939 de 2002, por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal.