

El enemigo, su etiquetamiento en el desarrollo penal

The enemy, it's labeling in the criminal development

Rolando Macas Saritama

Ex Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología en la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja

Magister en Derecho e Investigación Jurídica. Magister en Ciencias Penales. Doctorando PhD en Derecho y Ciencias Políticas

Email:

Resumen

Derecho Penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs¹ en 1985 para referirse a las normas que sancionaban penalmente conductas, sin que se afecte el bien jurídico. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido. Castigan al autor por el hecho de considerarlo peligroso. El presente ensayo expone los principales aspectos sobre el Derecho penal del enemigo, al analizar de manera detallada una serie de conceptos con fundamento de teorías filosóficas. El Derecho penal del enemigo se dirige al combate de peligros futuros, y aunque es relativamente nuevo en el Ecuador, el autor trata de determinar al aporte positivo para aplicarlo en cada Estado, cómo ha sido aceptado y se ha venido controlando la habitualidad de los delincuentes en actos criminosos y las normas legales que sancionan y protegen las acciones que cometen los delincuentes, de acuerdo a la dinámica del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Palabras clave: Estado de Derecho, libertad, peligro, seguridad, Sociedad.

1. GÜNTHER JACOBS "opina que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario. ¿Y qué es necesario? Hay que privar al terrorista de aquel derecho del que abusa para sus planes: la libertad de conducta".

Abstract

Criminal Law of the enemy is the expression coined by Günther Jakobs in 1985, to refer to the rules sanctioning criminal behavior, without the legal right is affected. These rules do not punish the author for the crime committed. Punished by the fact the author deems dangerous. This paper presents the main aspects of the criminal law of the enemy, to analyze in detail a number of concepts on the basis of philosophical theories. The criminal law of the enemy heads to combat future threats, and although relatively new in Ecuador, the author tries to determine the positive to apply in each State makes, how it has been accepted and has been controlling the regularity of offenders criminals acts and laws that punish and protect the actions committed by criminals, according to the dynamics of Ecuadorian law.

Keywords: Rule of law, freedom, danger, safety, society

Desarrollo

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto estudiar los aspectos principales sobre el establecimiento del Derecho Penal del Enemigo¹, su desarrollo social y el aporte que viene brindando para aplicarlo en cada Estado como mecanismo de prevención y represión delictual. Previo a determinar las aceptaciones que tiene esta teoría por algunos tratadistas y en especial en el Ecuador, cómo ha sido aceptado y se ha venido controlando la habitualidad de los delincuentes en actos criminosos; y las normas legales que sancionan y protegen las acciones que cometen lo delincuentes, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional.

2. La persona

Es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. La persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertas. Persona real es aquello cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. El hecho del infractor de la norma, muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por la sociedad como persona: justamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal, subsiste su personalidad formal. Por tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona. La naturaleza esencial social o comunitaria del hombre está arraigada en la naturaleza de la persona, y no al revés, en otras palabras el hombre no es persona porque es social, sino que es social porque es persona. De allí que la estructura óptica de la persona, el hecho de ser persona, es un valor primero y previo a todos los demás valores humanos, de lo que se deduce que la sociedad debe ser para la persona y no viceversa². El punto de partida de la ciencia del derecho es el hombre, que socialmente debe ser visto como persona. Así el derecho brota, fluye de la persona que vive en sociedad. Visto así el derecho no es un ser sino una modalidad de existir del ser humano en sociedad³. El autor Jakobs

recorta su imagen de persona explicando: “La realidad en que se objetiva la libertad es el derecho que tiene como punto de partida la persona y la propiedad”, dirá Hegei. Para luego sostener “la persona concreta, que es para sí un fin particular, en cuanto totalidad de necesidad⁴s, y mezcla de necesidad natural y árbitro, es uno de los principios de la sociedad civil. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que sólo se hace valer y se satisface por medio de otra...”⁴.

El tratadista Jakobs lo relata y lo explica así: “Ser persona significa tener que representar un papel. Persona en la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador (con cita de Hobbes y otros), sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso un relación amorosa, si es sociedad... tienen un papel que representar”. Continúa diciendo: “la subjetividad de un ser humano, ya per definitionem, nunca le es accesible otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes... dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho, como personas”⁵. En la antinomia hombre-persona, el filósofo Carlos Cossio concluía que “la personalidad jurídica del hombre no puede ser negada, ni atribuida su existencia al árbitro del legislador, por una razón esencial: el hombre, como protagonista, es siempre sujeto del Derecho y no objeto”⁶. Sirva pues la imagen que deja Koxin: “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”⁷. Precisamente “el derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la

2 QUILES, Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyła”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 73

3 GHIRARDI, Olsen, “El razonamiento forense”; Ediciones El Copista, Córdoba, año 1998, pp.34.

4 HEGEL, G. W. “Principios de la filosofía del derecho”; Editorial Sudamericana; Buenos Aires, 1975.

5 JAKOBS, G.; “Sociedad, norma y persona...”; Editorial CMtes, Madrid, 1996, pp. 50/53.

6 RAMELLA, Pablo; “Introducción del Derecho”, Segunda Edición, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1980, pp. 223.

7 ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T.I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137.

mayoría y del gobierno”⁸. El gobierno debe proteger los derechos de los ciudadanos y no retroceder al Estado de barbarie de irrespeto de las leyes, sino de justicia y dignidad humana.

3. El enemigo

La enemistad ha existido siempre desde que se ha conocido de la perpetración de crímenes.

Desde que la quijada del asno marcó el primer crimen del hombre contra el hombre, se alzó el primer dedo acusador sobre el responsable y la criminología, sin saberlo ni quererlo, daba su primer paso. Creándose esta ciencia jurídica, que habría de estudiar el delito y al delincuente, en sus características y motivos, causas y concausas para imponer el correctivo que signifique expiación de la culpa, como fuera el primitivo concepto de la pena. (Rengel, 1994, p. 15)

Mientras que el hombre ocasione daño en el hombre, cualquier que sea el motivo que lo conduzca a perpetrar ese daño, la ciencia jurídica y la función judicial, e investigación de la naturaleza humana desviada de los preceptos de la moral civilizada; procuraran entender al hombre marginado por la sociedad y por la ley; pero siempre encontrarán lagunas en búsqueda del fondo humano.

El tratadista Günther Jakobs entiende que los enemigos son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. De esta manera no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran éste déficit por medio de su comportamiento. Se trata de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc.⁹ El enemigo es la persona o grupos de personas que atentan habitualmente contra los bienes jurídicos de otras personas; causando un malestar porque lesionan sus derechos constitucionales; por lo cual deben ser reprimidos por los mecanismos de coerción penal,

del cual se vale un Estado, para mantener un margen mínimo de criminalidad.

Según Román el concepto de “enemigo” se hizo popular a partir del aporte del alemán Cari Schmitt, quien definió lo político en términos de la distinción amigo-enemigo. Y al enemigo de la siguiente manera: “Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es solo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Solo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto total de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere de ipso carácter público¹⁰.”

Siguiendo a la misma autora, en la edad romana según Schmitt, se daba una diferenciación entre el inimicus y el hostis. El inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el hostis, para quien se plantea siempre la posibilidad de guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El hostis era pues, el enemigo público o político.

El término enemigo ha sido y es usado en el contexto de conflictos armados; enemigo viene a ser aquel miembro perteneciente al ejército o bando contrario en una guerra, el otro, el adversario. Pero el enemigo no es solo el adversario en una guerra, el extraño, el extranjero. Lo que hace que el término enemigo trascienda la acepción tradicional-militar del concepto es precisamente esta naturaleza inminente de política de la distinción amigo-enemigo, en el sentido de que la dicotomía no surge en el contexto de guerras, sino que más bien sirve de fundamento de ellas, en tanto se presupone que para iniciarlas, “está dada previamente la decisión política sobre quien es el enemigo.”

Al enemigo también se lo considera a la población cuando entre Estados han creado un conflicto armado, ya sea por problema de límites, o por la ambición de tierras en las cuales existen abundantes recursos minerales de elevado valor comercial internacional. Estos problemas surgen cuando la política y la diplomacia no concuerdan en sus relaciones bilaterales; y ninguno sede, por lo que se ven obligados a sacrificar vidas humanas por medio

8 DWORKIN, Ronald; “Los derechos en serio”, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 1989, pp 17.

9 JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (trad. CANCIO), en jakobs/cancio, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, pp. 25-33.

10 <http://www.prociuk.com/Derecho%20Penal%Parte%20General.pdf>

de guerras como sucedieron en los conflictos armados existentes entre el Ecuador y Perú en donde derramaron la sangre los hermanos héroes de cada nación. ¿Para que sirvió esta guerra? Acaso que con el fin de la guerra se ha repartido la riqueza existente en cada nación entre todos sus habitantes, por el contrario, continua el desempleo, la corrupción; la sangre derramada de los héroes solo ha servido para maquillar y enriquecer a los altos funcionarios que estuvieron involucrados en aquellos gobiernos; ¿acaso se conoce de algún héroe que fue hijo del presidente de la República, congresista o autoridad de los organismos de control del Estado de aquel tiempo? La respuesta es no, porque solo las personas de escasos recursos son los que tienen el coraje para servir a su patria y morir por ella con dignidad. Aunque se beneficien de esto los corruptos de siempre.

Por otro lado hay que tener presente que una de las características de los gobiernos autoritarios es la necesidad que tienen de crear un enemigo, interno o externo, que persigue la desestabilización de la nación, creando así una paranoia colectiva y justificando, en este mismo orden de ideas, la formación de una estructura más coercitiva a fin de defender a la nación de ese enemigo. Esto resulta conveniente a los fines del Estado autoritario, en tanto que es sobre la base del miedo instaurado en la sociedad, que sus actos son posibles de ser tolerados y hasta de recibir legitimidad. En las palabras del tratadista Zaffaroni, es imposible la incorporación del término “enemigo” en el derecho penal, salvo que se pretenda el aniquilamiento del Estado de Derecho y su remplazo por la versión absolutista y totalitaria del mismo. La admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho, según el autor, siempre ha sido lógica, e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del Estado de Derecho.

El autor Gracia, citado por Román López, sostiene que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en un Estado de Derecho, en el cual se ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimiento de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso, sin embargo se observa en forma disimulada la aplicación del derecho penal del enemigo en el Estado ecuatoriano y en otros: cuando los derechos humanos de los internos en los centros carcelarios son vulnerados, a pesar de estar garantizados en la Constitución de la República y formar parte de los instrumentos internacionales. Aunque se trate de un

Estado democrático se ha conocido públicamente por los medios de difusión que al momento de ser detenida una persona, sus derechos no son respetados por la policía; incluso la misma policía los etiqueta como otros identificados delincuentes. Por otro lado, el sistema penitenciario, sus funcionarios, a diario vulneran derechos de los reos; llegando en algunos casos a causar la muerte del interno, por lo que sus familiares deben acudir ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos para hacer justicia internacional porque la justicia nacional ha fallado en administrar y cumplir con el principio constitucional de la igualdad de derechos antes la ley para todas las personas sin imputar su condición social o pasado judicial.

4. La sociedad

Existe sociedad si hay normas reales y en la medida en las que las haya. La sociedad aparece con el hombre. “El hombre es un ser social y el más social de todos los seres”¹¹. No ha podido vivir aislado, sino entre individuos, grupos y organizaciones de la misma especie, unidos por determinados modos de conducta, valores y normas para orientar su propio destino. Se define a la sociedad como “el conjunto de seres humanos unidos entre sí por vínculos materiales, morales, espirituales y culturales, para satisfacer comunes necesidades, recíprocos beneficios, aspiraciones idénticas y fines iguales”¹². De la posición tradicional de la iglesia se cuenta con el dato religioso del año de la creación que debió ser tomado del Evangelio de San Mateo, quien expresa que desde Abraham hasta el nacimiento de Jesucristo transcurrieron 42 generaciones¹³. Por otra parte, en el Libro Primero de Crónicas se hace referencia al transcurso de 8 generaciones entre Adán y Abraham; cuatro desde Adán hasta Noé y cuatro desde Noé hasta Abraham¹⁴. Este dato está refutado en cuanto a la creación del hombre. A la sociedad también se la considera como un organismo universal, integrado por personas, familias, comunidades, asociaciones, naciones e instituciones, las mismas que mediante la cooperación y solidaridad humana persiguen el progreso económico, cultural y científico, la vigencia de los derechos humanos y la paz mundial. Sin embargo la paz mundial nunca ha existido,

11 PRIMER LIBRO CRÓNICAS: 1-28, Antiguo Testamento.

12 GARCÍA GONZÁLEZ, Luis “Resumen de Geografía, Historia y Cívica. Séptima edición. Editorial Andino. Quito-Ecuador, pp. 280.

13 SAN MATEO: 1: 1-17 Nuevo Testamento.

14 PRIMER LIBRO DE CRÓNICAS: 1-28, Antiguo Testamento.

lo que si ha existido consuetudinaria y legalmente es el derecho penal del enemigo que ahora lo han resucitado para enfrentar el incontenible avance de la sociedad de riesgos, la utilización fraudulenta de la biogenética, los delitos informáticos; proteger la proliferación de los bienes jurídicos colectivos y hacer frente a la delincuencia organizado a gran escala -el terrorismo-. Parece ser aquella lluvia de azufre y fuego que se hizo caer en las ciudades de Sodoma y Gomorra como castigo a sus conductas lujuriosas y corruptas¹⁵. Las sociedades súper dinámicas en las que vivimos y el sistema que, en la mayoría de los casos, las “representa”, coincidieron el descrito por Gaicano en su libro de los Abrazos...” los funcionarios no funcionan, los medios de información desinforman, los jueces condenan a las víctimas, los policías no combaten el crimen, porque están ocupados en cometerlos... es más libre el dinero de la gente. La gente está al servicio de las cosas”¹⁶. Vuelve la corrupción a reinar a su antojo, los delincuentes viajan y perpetran sus fechorías por medio de las computadoras, las calles se declaran lugares peligrosos, nadie contiene el espanto; entonces la fuerza del Derecho Penal deberá de entrar en acción y eliminar a los pecadores. Que son los delincuentes, criminales y psicópatas, sin alma ni perdón para violar o matar a sus víctimas; o matar a una población civil que debe ser respetada en conflictos armados, pero son reprimidos sus agresores por la Corte Penal Internacional por el delito de genocidio. Pero aquí todavía encontramos democracia porque sigue un juicio previo y debido proceso. Sin embargo en Sodoma y Gomorra el Juzgador fue Dios, sin establecer jurados para ser oídos los sentenciados; aquí no hubo respeto de los derechos humanos, ni de los diez mandamientos o las Doce Tablas.

Este panorama descrito de forma magistral por Julio Maier y calificado por él como la esquizofrenia del Derecho Penal¹⁷, es en el que vivimos y al que debemos, o bien habituarnos y voltear la cara si nos da la repulsión, o enfrentarlo, para, al menos, intentar cambiarlo; quedándole al Principio de Legalidad la misión de evitar la destrucción de las modernas Sodoma y Gomorra,

15 SANTA BIBLIA. Viejo y Nuevo Testamento en (Génesis. 19). Revisión de 1960. Sociedades Bíblicas Unidas. Ecuador, pp. 20.

16 GALEANO, Eduardo. “El libro de los Abrazos”, Colección La Honda Casa de las Américas. La Habana, 1989. Pp. 117.

17 MAIER, Julio B. J. en “La Esquizofrenia del Derecho Penal”, Ponencia presentada en el III ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO 2006. La Habana.

retomando su verdadero lugar en el ya cuestionado “moderno” Derecho Penal.

Los elementos de la sociedad: “Elemento material está formado por el territorio y las personas que se agrupan para formarla; el elemento formal está integrado por el conjunto de aspiraciones e intereses generales para alcanzar la plena satisfacción de sus necesidades; y el elemento legal lo componen las normas, reglas y los principios jurídicos y morales que regulan la unión y el desenvolvimiento de sus miembros”¹⁸. La desigualdad de las personas relacionadas con la propiedad, ingresos, ocupación, nacionalidad, raza, sexo y educación ha originado la existencia de clases sociales. Y la vulneración y marginación de la clase baja; encontramos que la mayor cantidad de personas privadas de su libertad cumpliendo una condena son de escasos recursos; que por ganar algo más, adecuaron su conducta al ilícito que el Estado castiga, a través de los medios de represión del control social formal.

5. El Estado

“El Estado es la máxima estructura de la convivencia política, en tanto la comunidad internacional no adquiera características morfológicas más consolidadas, eficaces debiendo entenderse por estructura política un conjunto de elementos interdependientes que configuran, organizan y encauzan, con relativa permanencia, los diferentes procesos”¹⁹. El Estado, como estructura de poder implica la relación política gobernantes-gobernados que, por ser anterior a él, puede reemplazarse a nuevas estructuras post-estatales susceptibles de configurar distinta aquella relación en el nuevo mundo sobreviviente, en el que tenderá a desbordar quizá, el estrecho marco estatal.

El autor Mauricio Hauriou, define al Estado como: “el régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por acción de un poder político y de la idea de la República como conjunto de medios que se ponen a realizar el bien común. Se destaca aquí el elemento finalista: el bien común; para Kelsen el Estado es la totalidad del

18 JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hermán. “La ciencia y Técnica del Derecho”.- Departamento de Publicaciones de la Universidad Nacional de Loja. Cuarta Edición. Loja - Ecuador. 2003. Pp. 36

19 VERDU, Lucas, autor citad en el Diccionario Jurídico Anbar, Primera Edición. Volumen III, Fondo de la Cultura Ecuatoriana.- Cuenca Ecuador 1998.- pp. 371.

orden jurídico en cuanto constituye un sistema, o sea una unidad cuyas partes son interdependientes, que descansa en una norma hipotética fundamental. Aquí se apunta a la unidad autónoma de un orden jurídico”²⁰. Este tratadista define al Estado como el régimen adoptado por acción de un poder político y conjunto de medios que se vale para alcanzar el bien común, es decir, alcanzar la unidad autónoma de un orden jurídico. El Estado, es una sociedad organizada de un territorio determinado. Dicha sociedad está sujeta a una autoridad, la misma que tiene obligación de velar por el cumplimiento de las leyes que normalizan y regulan el desenvolvimiento de la sociedad.

El autor Carlos Parra señala que hay que considerar que Jakobs tiene un sistema. Si uno acepta las “reglas” del sistema probablemente pueda entender y compartir su pensar. Hay que pensar en roles, en la sociedad como sistema y en el mantenimiento de la norma²¹. Algo similar ocurre en quien Jakobs toma como fuente filosófica: Hegel. Para creer en él hay que aceptar que “todo lo real es racional y todo lo racional es real”, luego con la “llave” de la dialéctica en la mano como unidad de los contrarios se podrá “ingresar” al sistema hegeliano, que para muchos sigue siendo un laberinto.

Si tomamos como base que el hombre persigue fines, que puede transformar el ambiente, que es capaz de dirigirse, desenvolverse y formarse y así, sólo así se presenta ante nuestros ojos la potencialidad del espíritu humano: libre, germinal y jugoso²². El hombre es libre de realizar con su vida lo tenga a bien, siempre y cuando no lesiones del derecho ajeno o infrinja las normas legales.

6. El estado de excepción

El autor Jakobs dice, “el Derecho Penal del Enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”²³. El posmodernismo hace de la excepción la regla. El autor Giorgio Agamben lo ha expresado hasta el cansancio en

todas sus obras: “la suspensión de todo el orden jurídico ha sido una constante en este siglo” y esto ha desatado una “guerra civil legal”. Expresado en forma simple: el estado de excepción se presenta como una forma legal de lo que no puede tener forma legal. Sin embargo, en un estado de excepción se hace a un lado los derechos fundamentales y cualquier persona sospechosa como delincuente sufre con atropellos como el caso de Menezes el 22 de julio de 2005, cuando agentes con ropas de civil asesinaron de once disparos a quemarropa en Reino Unido, para después afirmar la policía que se trató de un error.

Se trata, según este filósofo italiano Giorgio Agamben, de reducir el ser humano a la “nuda vida”, es decir, individuos despojados de su condición de ciudadano y reducidos a simple existencia²⁴. El Estado de excepción crea una especie de “limbo ilegal” en el que se suspende todo estado de derecho. Los individuos desprovistos del derecho y en muchos casos de humanidad, pasan a estar en disponibilidad; con sus cuerpos todo o casi todo puede hacerse. Cuando la excepción es la regla, se celebra el triunfo del totalitarismo. No hay, para Agamben, retomo posible desde el estado de excepción en que vivimos al estado de derecho, por eso hay que denunciar la ficción de la articulación entre violencia y derecho, para abrir allí el campo de la política, superando la falsa alternativa entre poder constituyente y poder constituido, entre violencia que pone el derecho y violencia que lo conserva. Se podría hacer una relación con la política criminal del Estado en contra de la delincuencia que todo individuo que se lo encuentre delinquiendo debe ser dado de baja; o una vez recuperada su libertad o internado sea asesinado por el escuadrón de la muerte que en algunos casos son agentes de la misma institución policial que actúa en defensa de la sociedad, sin mirar el respeto de los derechos humanos de esos delincuentes que también son personas con derecho a ser readaptados y merecen otra oportunidad; pero debemos de considerar desde el punto de vista de la víctima o de sus familiares o galladas que lo único que desean es retroceder a la venganza privada o justicia con mano propia, como por haber causado la muerte a un familiar o integrante de una pandilla. Lo que sucede con mucha frecuencia en la frontera sur del Ecuador, que existen ajustes de cuentas entre galladas de la clase alta con la baja, que por cualquier gesto dirigido a ellos se sienten afectados,

20 VASQUEZ, Emilio.- Diccionario de Derecho Público, Editorial Astra, Argentina, pp. 283.

21 PARMA, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”, 2da, Edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, pp. 25.

22 PARMA, Carlos; “Culpabilidad, lineamientos para su estudio”; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, pp.69.

23 JAKOBS, G.; “Fundamentos del Derecho Penal”; Ed Ad – Hoc, Buenos Aires, 19%, pp. 238.

24 AGAMBEN, Giorgio; “Estado de Excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

causando grandes estragos en la colectividad y la inseguridad de ese sector.

Ya no estamos entonces ante la desnudez que proponía Rousseau a los pactantes antes de entrar en la sociedad. Ni mucho menos de la “nada” con que llega los contratantes tras el “velo de la ignorancia” no saben qué lugar ocuparán ni acerca de cómo les irá... a estos “adanes sin historia” en la tesis de Rawls. Agamben se refiere a la “no existencia”. Como bien reflexiona Edmundo Boderó, para éstos excluidos del saber jurídico se encuentra desde hace tiempo divorciado con la realidad²⁵.

El autor Tonni Negri da un paso más allá en el pensamiento, aquí no es posible “el pacto”, pues para él el fin del imperialismo trae la aparición del bio poder ejercido sobre la vida social y el nacimiento de la multitud como sujeto que enfrenta el imperio. Este profesor²⁶, oriundo de Padua, en su obra “Multitud” nos señala que luego del 11 de septiembre del 2001 en el mundo se ha desatado un “estado de guerra permanente”... una guerra “infinita”, donde se advierte un imperio sin territorio y sin centro y el ocaso de la dialéctica²⁷. En la bio política nacida en occidente hay superposición entre el derecho y la violencia²⁸.

La advertencia sobre el exagerado poder que acapara el Poder Ejecutivo, la privatización de ése poder y la

“informalidad política” eran temas que venía señalando Sassen. Esta socióloga al afirmar que el Estado liberal y el contrato social está llegando a su fin, anuncia “la emergencia de algo nuevo” en la “Ciudad Global”, de esta manera surgen nuevas expresiones políticas, aun de los excluidos que logran conectarse con el Ejecutivo a través de “la informalidad política”²⁹.

Esto lo avizoraba Foucault al decir: “las prácticas sociales pueden engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento”³⁰. Todo Estado democrático debe establecer políticas criminales claras de ejecución inmediata y represión para las personas reincidentes en actos delictivos; debiendo acercarse a las nuevas tendencias del derecho penal del enemigo propio de esta sociedad; que no lesionen derechos humanos, pero que si proteja a la sociedad de aquellos criminales habituales que no se rehabilitan y que nacieron para ser toda su vida delictiva.

7. El estado de emergencia

La rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento la emergencia para poder violentar derechos humanos. Parece novedoso la instalación de un dogma, de un dogma metafísico, donde la premura en defensa de la “seguridad” general hace que dejemos de lado todo lo construido. Ya lo enseñaba Zaffaroni cuando sostenía que “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”³¹. Los políticos dictadores se aprovechan del estado de emergencia para enriquecerse y mancillar los derechos de las personas

25 BODERO, Edmundo; “Relatividad y delito”, Editorial: Temis, Bogotá, 2002, pp. 110.

26 NEGRI, Toni, ha escrito al menos dos grandes obras: “Imperio” (en el año 2000) y recientemente “Multitud”. Hacer “multitud” es “construir un momento construir lo común lo común sería la lengua, el lenguaje, el intercambio, la cooperación este conjunto amplio de subjetividades no actúa de manera contractual ni por toma de conciencia...”

27 MASSIMO Cacciari (1944) prefiere hablar hoy del pensamiento negativo o antidialéctico.

28 Roberto Espósito (Prof. De Filosofía en la Universidad de Nápoles) en su obra “Comunitas” –Comunidad-, disiente con Negri en tanto vida y política aparecen unidos sin apropiación violenta La comunidad es el conjunto de personas que están unidas por un deber, por una deuda, por una obligación de dar. De allí que la comunidad se vincule con el sacrificio la sustracción de uno mismo. La comunidad no puede ser pensada como un cuerpo, una corporación, donde los individuos se fundan en un individuo más grande. Pero tampoco puede ser entendida como un recíproco reconocimiento intersubjetivo en el que ellos se reflejan confirmando su identidad inicial.

29 “La Ciudad Global” (Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1999) es la obra desde donde la sociología holandesa Saskia Sassen pregona “urbanizar las ciencias sociales”. Actualmente indica que la Ciudad urbana se encuentra fragmentada, no topográficamente. Pero dentro de ese aislamiento hay “conectividad” pues los excluidos (por ejemplo “los piqueteros”) se saben parte de un imaginario global que pueden “conectarse” a través de la “informalidad política”.

30 FOUCAULT, Michel; “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa Editora, Barcelona, 1991, pp.14

31 ZAFFARONI, Eugenio R., “la creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 618.

y asesinar a sus enemigos. El autor Guillamondegui³² -citándolo a Zaffaroni- hace un repaso de esta cuestión diciendo que “es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o Martillo de las brujas, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIH del 9 de diciembre del mismo año”³³.

En la misma línea de Zaffaroni, continúa diciendo Guillamondegui que la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad –con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.; d) los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o resolución del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, dando nacimiento a un Derecho Penal simbólico³⁴. En un Estado de Emergencia no puede superar la aplicación de los derechos de las personas; porque si crea leyes estas van a favor de su creador, buscando siempre delimitar los derechos de sus contrarios; es decir, no existiría cumplimiento del principio de legalidad, surgiendo así un caos jurídico incontrolable.

El profesor uruguayo Diego Camaño ilustra el tema así³⁵: “Zaffaroni ha señalado y desarrollado el paralelismo existente entre el derecho internacional

humanitario y el derecho penal, tomando tanto a la pena como a la guerra como situaciones de poder que no es posible legitimar sino tan sólo limitar en sus efectos perversos. De este modo el derecho penal y el derecho internacional humanitario están llamados a cumplir un rol minimizador de la violencia y garantizador de los derechos humanos³⁶”. Pero contrariamente al derecho internacional humanitario, que actúa transitoriamente, mientras dura el conflicto, el derecho penal de la emergencia tiende a permanecer; no en vano, Sergio Moccia nos habla de la “emergencia perenne”. Y es que cuando se instala un discurso punitivo de corte emergencial se termina recurriendo a las medidas excepcionales como regla, introduciéndose modificaciones legislativas tendientes a perdurar, no solamente mientras se mantenga la situación que le dio origen, sino más bien indefinidamente”. Debido a la imprecisión de término emergencia se corre el riesgo de caer en “proceso definitorio auto-referencial³⁷, que justamente por carecer de límites es fácilmente expandible, haciendo que la excepción se transforme en regla. El derecho penal humanitario juega u papel importante en garantizar los derechos humanos de las personas en caso de conflictos bélicos, son intermediarios y observadores de garantizar el cumplimiento leal de las normas y reglas de un compromiso en un combate por parte de los Estados en conflictos, así como de garantizar los derechos de los prisioneros de guerras y heridos en combate.

A su vez, debido a la marcada preponderancia de supuestas razones de eficiencia presentada

32 GUILLAMONDEGUI, Luis; “Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo”, en www.carlosparma.com.ar

33 Representando la *Cautio criminalis* (Prudencia criminal) del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, de 1631, la primera respuesta orgánica al Malleus, tal como lo expresa el Profesor Zaffaroni en su *Lectio Doctoralis*, titulada “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Enero/2004.

34 Con mayor extensión, DIEZ RIPOLLES, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid, pp.1-22.

35 Camaño, Diego: “Ley de Uruguay y derecho penal de la emergencia”, www.carlosparma.com.ar

36 Inicialmente la idea aparece con particular énfasis en el polémico libro *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, pp.160 y ss. Y 180 y ss. (Temis, Bogotá, 1993), y es retomada y desarrollada recientemente, en relación con una teoría agnóstica de la pena (*Derecho Penal. Parte general*, pp.48 y ss. Y 198 y ss. Ediar, Buenos Aires, 2000). Según Zaffaroni fue un autor del nordeste brasileño, Tobías Barreto quien fines del siglo XIX indicó que el concepto de pena no es jurídico sino político, al igual que el de la guerra, por lo que “quien busque el fundamento jurídico de la pena debe también buscar si es que ya no lo encontró, el fundamento jurídico de la guerra” (citado por E.R. Zaffaroni en *Derecho penal. Parte general*, pp. 50).

37 El término es utilizado por Stortoni en relación con la “criminalidad organizada” (L. Stortoni, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie in Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, pp.127. AA.WA cargo de S. Moccia. Edizioni Scientifiche Italiana, Nápoles, 1999).

como razones de Estado, en el derecho penal de la emergencia hay una despreocupación absoluta por las garantías personales. Por ello, el derecho penal propio de un Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista al igual que el derecho internacional humanitario.

Diego Camaño ensaya esta síntesis: “El derecho penal de la emergencia también se caracteriza por la utilización de una determinada técnica legislativa³⁸ propia, algunos de cuyos caracteres son: a) Una tutela penal que se anticipa a la efectiva causación de una ofensa a un bien jurídico; b) Creación artificiosa de bienes jurídicos; c) Utilización de una técnica casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas; d) Penalización en función del autor y no del hecho cometido.

A su vez, las consecuencias de la utilización de dicha técnica redundan en: a) La producción del fenómeno llamado “inflación penal”, a través del cual se superponen diversas figuras delictivas, causando graves problemas de accertamento, en definitiva, de seguridad jurídica; b) una absoluta pérdida de referencias en términos de dosimetría penal, debido a que se altera el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena conminada³⁹. En estos casos de estado de emergencia las personas detenidas o privadas de su libertad reciben sanciones graves que no van de acuerdo al resultado del delito, ni su forma de actuar sin intención, sino que se debe sancionar por la infracción cometida y aplicársele el máximo de las penas. Sin permitir la aplicación del principio de ponderación y sub principios de proporcionalidad.

8. Derecho Penal del enemigo

Como es de conocimiento, el Derecho Penal del Enemigo es introducido por Jakobs en la década de los ochenta, pero no es como algunos equivocadamente señalan a Jakobs como el precursor de esta tendencia, sino como afirma Román⁴⁰ que fueron otros, y mucho antes, los precursores filosóficos de esta argumentación que postula que la relación con un “enemigo” no se determina por el Derecho sino mediante de la

coacción. Así de ejemplo se tiene a Rosseau y Fichte. Para el primero cualquier delincuente o malhechor que ataque el “Derecho Social” deja de ser “miembro” del Estado; en estos casos, la pena contra ese malhechor supone que se halla en guerra contra el Estado. De manera similar Fichte sostiene que “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”.

Frente a esta radical postura, de la cual Jakobs discrepa por su generalidad, ya que este considera que “en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también la criminal, y ellos por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver arreglarse con la sociedad y para ello debe mantener su estatus como persona, como ciudadano. Por otro lado, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación de daño que ha ocasionado con su acción delictuosa, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”.

Desde el punto de vista del cristianismo en su relación con los hombres, el Dios del Antiguo Testamento aparece en ocasiones como justiciero, cruel y vengativo, y sin embargo también capaz de perdonar. En Éxodo, 34, 6 y ss. se dice de él, de un modo algo paradójico para el lector moderno, que es “clemente y misericordioso, tardo para la ira y lleno de lealtad y fidelidad, que conserva su fidelidad a mil generaciones y perdona la iniquidad, la infidelidad y el pecado, pero que nada deja impune, castigando la maldad de los padres en los hijos y en los nietos, hasta la tercera cuarta generación”. El Salmo 86.15 denomina a Dios “Señor misericordioso y compasivo”, pero luego también se lo denomina “Dios justiciero” (Salmo 94-1), y se afirma se él que realiza castigos colectivos al pueblo de Israel por sus pecados (Salmo 106, “culpas y castigos del pueblo”). En Jeremías 18,7 afirma Dios: A veces, yo decido, contra una nación o contra un reino, arrancarlo, destruirlo o aniquilarlo, pero si esa nación contra la que he hablado, se convierte de su iniquidad, también yo me arrepiento del castigo que iba a ponerle. Jeremías 18,7. Es decir, según esta teoría Dios así como da la vida, la quita y destruye al hombre pecador, por ejemplo el gran diluvio y, conforme lo analizamos anteriormente, en el comentario de la destrucción de Sodoma y Gomorra.

38 Al respecto, he tomado como base las consideraciones de S. Moccia y L. Ferrajoli (Camaño).

39 Según la conocida fórmula de R. Jhering $\frac{1}{2}$ tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales $\frac{1}{2}$

40 <http://definicion.de/derechopenal-del-enemigo/>

El Derecho Penal del Enemigo es una tendencia distinta y/o contrapuesta al Derecho Penal ordinario, garantista, liberal, de la persona o del ciudadano; ya que no considera al ciudadano delincuente como tal, sino como enemigo no ciudadano, es decir, sin derecho a la categoría como persona. En consecuencia esta tendencia “Derecho penal del enemigo”, no pretende dar a la persona que delinque la oportunidad de enmienda, de resarcir el daño que ocasionó con su acción.⁴¹

Esta tendencia asume que las personas que delinquen no respetan las normas penales y por lo tanto, se les debe excluir del Derecho penal ordinario, teniendo como consecuencia el no tener el derecho a los principios garantistas penales.

De todo esto surge la pregunta, ¿quién es, a fin de cuentas, este enemigo para la cual postula un Derecho Penal especial? Para Jakobs, el enemigo es aquel individuo que pretende destruir el ordenamiento jurídico. Es decir, que en este caso no estamos frente al “enemigo” creado por el poder gubernamental para deslegitimar, por ejemplo una demanda social; sino más bien frente aquel sujeto que en tanto criminal en extremo peligroso es rotulado como enemigo.

La función del Derecho penal del enemigo es la eliminación de un peligro, de un sujeto peligroso en extremo y reincidente que, por su condición de tal, no amerita ser tratado como persona. Bajo este presupuesto, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, aquel puede abstenerse de respetar y garantizar ciertos derechos y libertades que resultan esenciales a todo ser humano.

Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado dictatorial ya no dialoga con ciudadanos, sino que combate a sus enemigos, es decir, combates peligrosos, y, por ello, en él la reacción del Estado se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Combate abiertamente contra grupos subversivos, pandillas juveniles, sicarios, delincuentes habituales de delitos de poca monta; crimen organizado, trata de personas, narcotráfico, lavado de dinero, tráfico de órganos, entre otros crímenes internacionales.

41 <http://www.teleley.com/articulos/art-dpe.pdf>.
derechopenaldelenemigo.

9. Conclusiones

Ahondando ahora en la idea de que el Derecho penal del enemigo elimina peligros, debemos preguntarnos cómo lo hace. Jakobs ofrece una respuesta simple: en primer lugar, anticipando la barrera de punición, esto es, interceptando al enemigo incluso en un estado previo a la puesta en peligro de cualquier bien jurídico; en segundo lugar, como ya se ha avanzado, neutralizándolo a través de la imposición de una medida de seguridad.

Asimismo las regulaciones del proceso penal del enemigo tienden a la eliminación de riesgos. Estas dos alternativas van en contra de la vulneración de los derechos humanos y humanitarios de los seres humanos; debemos tener presente el avance de la tecnología y la ciencia debe ser empleada para prevenir, reprimir y prevenir el cometimiento de actos especializados, utilizar las ciencias y las disciplinas auxiliares de las ciencias penales.

Como indiqué anteriormente en el punto respectivo, opinando como víctima. Se debe ampliar el derecho penal del enemigo conforme lo ha teorizado Jakobs, pero siendo parte del delincuente preferiría la imposición de penas que no quiten la vida del familiar, para poderlo ver en algún tiempo, porque todavía goza de su derecho a la vida, aunque haya quitado la vida a otra persona.

Esta teoría del derecho penal del enemigo es compartida por Estados que no respetan el derecho a la vida en forma directa y en sus constituciones permiten la pena de muerte, en cambio nuestro país impone como pena máxima privativa de libertad hasta cuarenta años de reclusión especial, en caso de narcotráfico y treinta y cinco años hasta delitos de trata de personas.

Sin embargo, todo Estado debería reunir a los grandes estudiosos del derecho penal, para que propongan cambios en las legislaciones nacionales y tomen en cuenta la civilización a la que hemos llegado y estamos ingresando con la nueva era de ciencia y tecnología ciber espacial, delitos internacionales a gran escala, por el descuido de los gobernantes que lo que hacen es buscar mecanismos para llamar su atención y ser lo más visto a nivel mundial por su mal accionar; sin brindar salidas eficaces para disminuir la delincuencia; protegiendo también la víctima y no únicamente al infractor a través de la Carta Magna del Delincuente como son consideradas doctrinariamente las garantías básicas del

debido proceso preceptuadas en la Constitución de la República.

10. Referencias bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio (2005). "Estado de Excepción". Buenos Aires-Argentina. Ed. Adriana Hidalgo.

AYALA, Francisco (1998). "Introducción de las Ciencias Sociales". Madrid-España. Ediciones Juan Bravo.

BODERO, Edmundo (1994). "Relatividad y delito". Bogotá-Colombia, Editorial Temis.

CAMAÑO, Diego: "Ley de Urgencia y Derecho penal de la emergencia", [www.carlosparma.com.ar/http://definicion.de/derechopenaldelenemigo/](http://definicion.de/derechopenaldelenemigo/) <http://www.teleley.com/articulos/art-dpe.pdf>. [derechopenaldelenemigo](http://www.carlosparma.com.ar/http://definicion.de/derechopenaldelenemigo/).

DIEZ RIPOLES, José Luis (2001). "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". Madrid-España. Actualidad Pena.

DWORKIN, Ronald (1989). "Los derechos en serio". Barcelona-España. Editorial Ariel Derecho.

FOUCAULT, Michel (1991). "La verdad y las formas jurídicas". Barcelona-España. Gedisa Editora.

GALEANO, Eduardo. (1989). "El libro de los abrazos", La Habana-Cuba. Colección la Honda, Casa de las Américas.

GARCÍA GONZÁLEZ, Luis. "Resumen de Geografía, Historia y Cívica. (Séptima Edición). Quito-Ecuador. Editorial Andino.

GHIRARDI, Olsen. (1988). "El razonamiento forense". Córdoba-Argentina. Ediciones El Copista.

GUILLAMONDEGUI, Luis. "Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo".

HEGEL, G. W. (1975). "Principios de la Filosofía del derecho". Buenos Aires-Argentina. Editorial Sudamericana.

JAKOBS, (2003). "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (trad. CANCIO), en JAKOBS/CANCIO, Derecho penal del enemigo, Madrid-España.

JAKOBS, G. (1996). "Fundamentos del Derecho Penal". Buenos Aires-Argentina. Ed. Ad – Hoc.

JAKOBS, G. (1996). "Sociedad, norma y persona..." Madrid-España. Editorial Civitas.

JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán. (2003). "La Ciencia y Técnica del Derecho". Cuarta Edición. Loja-Ecuador. Departamento de Publicaciones de la Universidad Nacional de Loja.

MAIER, Julio B. J. (2006). "La Esquizofrenia del Derecho Penal", Ponencia presentada en el III ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA DE DERECHO. La Habana-Cuba.

NEGRI, Toni (2000). "Imperio". MASSIMO Cacciari (1994).

PARMA, Carlos (2003). "El pensamiento de Günther Jakobs", 2da. Edición. Mendoza-Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo.

PARMA, Carlos. (1997). "Culpabilidad. Lineamientos para su estudio". Mendoza-Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo.

PRIMER LIBRO DE CRÓNICAS: 1.28, Antiguo Testamento. SANA BIBLIA. Viejo y Nuevo Testamento en (Génesis. 19). Revisión de 1960. Ecuador. Sociedades Bíblicas Unidas.

QUILES, Ismael (1987). "Filosofía de la persona según Karol Wojtyła", Buenos Aires-Argentina. Editorial Depalma.

RAMELLA, Pablo (1980). "Introducción al derecho". Segunda Edición. San Juan. Universidad Católica de Cuyo.

RENGEL, Jorge Hugo. (1994). "Criminología". Tomo I. La concepción Biológica del delito. Segunda Edición. Loja-Ecuador. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.

ROXIN, Claus. (1997). "Derecho Penal Parte General", Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid-España. T.I. Civitas.

SAN MATEO: 1: 1-17 Nuevo Testamento.

VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires-Argentina. Editorial Astra.

VERDU, Lucas (1998). Autor citado en el Diccionario Jurídico Anbar. Primera Edición. Volumen III, Cuenca Ecuador. Fondo de la Cultura Ecuatoriana.

ZAFFARONI. Eugenio R. (1998). “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”. Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ad-Hoc.