



Región: Oriente
Autor: Óscar Hernando Cardona A.
Título: Invierno I
Técnica: Carboncillo sobre lienzo
Dimensiones: 120 x 80 cm

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA*

* Este texto fue desarrollado dentro del grupo de estudio en homenaje a los 80 años del nacimiento de Foucault, asesorado por los profesores Lina Adarve Calle y Julio González Zapata, a quienes ofrezco mi agradecimiento.

Fecha de recepción: Septiembre 25 de 2007

Fecha de aprobación: Octubre 16 de 2007

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA

*David Enrique Valencia Mesa***

RESUMEN

El presente artículo intenta poner de presente una concepción de lo social que parte de la guerra como motor y fundamento de la organización jurídica y política. A diferencia de la tradición contractual que concibe la existencia del Estado y el derecho desde la superación de la guerra y el estado de naturaleza, Foucault presenta elementos teóricos, retomados en este texto y denominados perspectiva bélica, para comprender algunos fenómenos sociales imbuidos en la lógica de la guerra.

La utilidad de la perspectiva bélica desarrollada por Foucault será puesta de presente en el análisis de una teorización y práctica actualmente denominada “derecho penal de enemigos” y que muestra como ninguna otra la lógica de la guerra que anima al Estado y su derecho. El derecho penal de enemigos será abordado a partir del desarrollo de tres elementos fundantes: i) la seguridad cognitiva; ii) la forma como se individualiza al enemigo; y iii) los argumentos usados para legitimar la existencia del derecho penal de enemigos concebido como “la regulación jurídica de la exclusión”.

Palabras clave: Foucault, derecho, guerra, seguridad, enemigo, exclusión.

CRIMINAL LAW FOR ENEMIES. A LOOK TO THE LAW AND TO THE WAR

ABSTRACT

This article tries to present a conception of the social aspect that begins from the war as motor and base of the political and legal organization. As opposed to the contractual tradition which conceives the existence of the State and the Law since the beating of the war and the state of nature, Foucault presents theoretical elements, taken up again in this text and called military perspective, to understand some social phenomena instilled in the logic of the war.

The utility of the military perspective developed by Foucault will be shown in the analysis of a theorizing and a practice so called “criminal law for enemies” which exhibits as no other the logic of the war that encourages the State and its law. The criminal law for enemies will be undertaken from the development of three basis elements: i) the cognitive security; ii) the way how the enemy is individualize; and iii) the arguments used to legitimize the existence of criminal law for enemies conceived as “the legal regulation of the exclusion”.

Key words: Foucault, law, war, security, enemy, exclusion.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA

No se trata de juzgar a los gobiernos injustos, los abusos y las violencias, refiriéndolos a cierto esquema ideal (que sería la ley natural, la voluntad de Dios, los principios fundamentales, etc.). Se trata, al contrario, de definir y descubrir bajo las formas de lo justo tal como está instituido, de lo ordenado tal como se impone, de lo institucional tal como se admite, el pasado olvidado de las luchas reales, las victorias concretas, las derrotas que quizás fueron enmascaradas, pero que siguen profundamente inscritas.

M. FOUCAULT

INTRODUCCIÓN

Este texto se propone mostrar cómo una teorización y práctica como la actualmente denominada derecho penal de enemigos,¹ tiene la ventaja, a la hora de abordar su análisis, de sacar de la sombra un ejercicio que informa toda la vida institucional de las sociedades modernas, de alumbrar un acontecimiento que por más que se quiera ocultar, es ineludible para entender el funcionamiento real, la configuración concreta de las sociedades, con sus instrumentos jurídicos, sus leyes, sus procesos, sus órganos, como los mecanismos de exclusión y de guerra que informan el conjunto social, se trata, en últimas, de presentar a la guerra como el motor indispensable y la perspectiva adecuada para entender la organización de la sociedad moderna.

Para dar cuenta de esta configuración bélica de lo social, y siendo éste un texto que intenta retomar categorías foucaultianas, se reconocen dos posibles perspectivas de análisis ya analizadas y desarrolladas por Foucault;² la primera de ellas consiste en el discurso filosófico-jurídico tradicional en la cultura occidental que

¹ El primer desarrollo académico fue realizado por Gunther Jakobs en 1985 en una conferencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, donde Jakobs se mostraba crítico con la actual tendencia en Alemania a castigar actos preparatorios, en flagrante contradicción esto del principio de lesividad, posteriormente en una intervención en Berlín en 1999 y en Frankfurt en 2002, Jakobs ha cambiado de parecer y ha mostrado estas tendencias, (confusión entre tentativa y consumación, igual trato para partícipes y autores) denominadas por él; derecho penal del enemigo “como un derecho justo y justificado”. Reseña sacada de Prittwitz, Cornelius. *Derecho penal del enemigo ¿análisis crítico o programa de derecho penal?* Barcelona, 2004

² Foucault, M. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE, 2001.

niega la existencia de la guerra como trasfondo del Estado y su derecho, que construye orden, o por lo menos lo dice construir, desde la superación de un Estado de guerra que se encontraría en el inicio de la sociedad civil, y cuya superación, precisamente, es el primer requisito para hablar de, en términos contemporáneos, Estado de Derecho.

Este marco teórico propio de los filósofos fundadores de la modernidad como Hobbes, Locke y Rousseau, se basa en una concepción “economicista de la sociedad”, el poder es concebido como un derecho originario que se cede por sus poseedores para fundar la soberanía; se intercambia por paz y por la preservación de la vida que ofrece el poder así fundado. De esta manera se suscribe el contrato social, contrato que sería la matriz o el eje estructurante de todo el poder político, los derechos se entregan y se reciben a través de un pacto, el cual es celebrado entre los súbditos o ciudadanos y el soberano o representante, el cuerpo social entonces se concibe como una pirámide de órdenes o una jerarquía, como un organismo coherente y unitario. Al instrumento jurídico por excelencia, la ley, se le asigna la labor de pacificar las sociedades, de representar los intereses de un grupo social, que a través de consensos llegan a un acuerdo mínimo sobre lo que quieren para sus vidas, en todo caso, se trata de excluir la guerra, de ocultar la violencia real que está inscrita en todas estas instituciones e instrumentos, de negar las conquistas con sus respectivos conquistados, y las guerras con los respectivos derrotados, todo este trasfondo bélico se concibe como una práctica externa, que se introduce por los resquicios que deja la ley, prácticas que solo por mala voluntad o mal manejo de la política y la ley adquieren forma.

Posición sin lugar a dudas representativa de esta forma de análisis, y presentada a manera de ejemplo, es la desarrollada por Luigi Ferrajoli, como el más conspicuo representante de la tradición liberal, para quien en sus análisis todo se reduce a una excepción a la regla, al rompimiento de las reglas del juego, al resurgimiento de una razón de Estado distinta y externa a la razón jurídica “la razón de Estado –afirma en Derecho y razón– se configura como un principio de legitimación histórica de tipo extra y, de ser necesario antijurídica”, este discurso, denominado como el discurso de la soberanía, cumple la labor de negar (y ocultar) la guerra; “para quienes cuentan la historia dentro del derecho público, dentro del Estado, la guerra es esencialmente la ruptura del derecho, el enigma, la especie de masa oscura o acontecimiento en bruto que había que tomar en verdad como era y que no solo no era principio de inteligibilidad sino, al contrario, principio de ruptura”³. Desde

³ Foucault, M. Ob. cit. p. 154.

esta perspectiva, la guerra es, entonces, un acontecimiento externo, un hecho que hay que negar, por esta razón este discurso no presenta los suficientes elementos para explicar una tendencia como la del derecho penal de enemigos, consistente en utilizar el derecho, la lógica institucional como un instrumento de guerra, como “la regulación jurídica de la exclusión” en palabras del mismo Jakobs.

A diferencia de este discurso “filosófico-jurídico”, Foucault propone un discurso “histórico-político”, una perspectiva consistente en poner la guerra como centro a la hora de analizar las relaciones de poder; “la guerra va a precipitar una especie de grilla de inteligibilidad en la ruptura misma del derecho y, por lo tanto, permitirá determinar la relación de fuerza que sostiene permanentemente cierta relación de derecho”, en otras palabras, para Foucault “lo que hace inteligible la sociedad es la guerra”⁴ lo cual trastoca toda la lógica anterior, brindando los elementos suficientes para dar cuenta del enemigo en el derecho penal.

En primer término, y al hacer reaparecer la guerra en el escenario público, este discurso histórico-político concibe el cuerpo social, no como una pirámide de órdenes jerárquicamente constituida, el cuerpo social no es una unidad pacífica en la que los miembros en su totalidad participan de las ventajas y seguridades que brinda el Estado y el derecho, al contrario, las ventajas y seguridades funcionan como un mecanismo excluyente de las que participan solo el escaso número de los integrados, el orden social se diseña de manera tal, que se hace indispensable excluir los residuos que resultan de la materialización del diseño si se quiere continuar con la forma de sociedad elegida, en síntesis, aquellas “víctimas colaterales” del progreso social y económico se convierten en el blanco predilecto de la violencia ejercida en el trasfondo bélico de la organización moderna.⁵

Esta concepción binaria de la sociedad (binaria en tanto que implica la existencia permanente de dos conjuntos contrapuestos), también denominada guerra de razas⁶ implica aceptar que “la guerra es el motor de las instituciones y el orden: la paz hace sordamente la guerra hasta en el más mínimo de sus engranajes”⁷, por esto mismo la configuración jurídico-política debe concebirse, necesariamente, como la continuación de la guerra por otros medios.

⁴ Ibidem, p. 155

⁵ “la separación y la destrucción de los residuos habría de ser el secreto de la creación moderna: eliminando y tirando lo superfluo, lo innecesario y lo inútil habría de adivinarse lo agradable y lo gratificante”. Bauman, Z. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Barcelona, 2005.

⁶ Expresión entendida en un sentido amplio, referido a un conjunto poblacional independientemente de su filiación genética.

⁷ Foucault, M. Ob. cit. p. 56

En el análisis de una tendencia como el actualmente denominado derecho penal de enemigos, esta perspectiva, que en adelante llamaré bélica, se convierte en un instrumento indispensable para comprender la configuración y la lógica real de una práctica que concibe al derecho como guerra abierta e ilimitada contra los ya viejos enemigos.

PLANTEAMIENTO GENERAL

Siguiendo de cerca la concepción de Jakobs⁸ y la variedad de perspectivas que se han desarrollado, me centraré en tres consideraciones básicas, a partir de las cuales, la perspectiva bélica que he escogido para desarrollar este escrito, se convierte en el instrumento adecuado, la “grilla de inteligibilidad”, para comprender la estructura y funcionamiento de la forma de sociedad moderna; en primer lugar, desarrollaré la preocupación que se presenta por la denominada *seguridad cognitiva*, la cual se ha convertido en un requisito, al parecer indispensable, para que los ciudadanos se desenvuelvan en sociedad, y a falta de ésta, los contactos sociales se consideran caóticos, incontrolables e imprevisibles;⁹ el segundo aspecto que me interesa desarrollar podría ser planteado como respuesta a la siguiente pregunta: ¿quién, por qué, y en base a qué criterios selecciona el enemigo? Este punto es el que la doctrina ha denominado como *la individualización del enemigo*, que en la vertiginosidad y superficialidad de las sociedades contemporáneas obedece a criterios puramente eficientistas, aunque esto no impida que se haga “correctamente”, pues el enemigo es sacado de donde “naturalmente” y según los criterios de exclusión social debe salir; los inmigrantes; los excluidos de los beneficios materiales; los disidentes políticos, y sin lugar a dudas, como afirma Zaffaroni, esta selectividad del sistema penal se acrecienta a pasos agigantados pudiendo ser cualquiera (el que esto escribe o el que lo lee) el que pase a ser considerado un objeto peligroso a contener, sino directamente a eliminar.

⁸ Ver entre otros; Prittowitz, C. Ob. cit; Portilla Contreras, G. *La configuración del “Homo sacer” como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial*. Salamanca, 2004; Zaffaroni, E. R. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá, 2006; Aponte, A. *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá, 2005.

⁹ “El establecimiento de dicho marco de expectativas –así se denomina a la seguridad que una persona ofrece en sus actos, seguridad que no es más que la correcta adaptación a los cánones considerados correctos e institucionalizados normativamente– tiende así al fin de seleccionar lo que puede de lo que no puede esperarse y, en suma, de reducir la complejidad, permitiendo al individuo limitar la previsión de acontecimientos y orientarse así en su actividad.” Alcacer Guirao, R. *Los fines del derecho penal*. Bogotá, 2004.

El tercero, y sin lugar a dudas el más útil de los criterios para comprobar la utilidad del modelo de análisis escogido, es aquel que considera que la sociedad está conformada por una relación de oposición, de guerra permanente entre dos grupos contrapuestos y no por un organismo coherente y unitario, es el estudio de los argumentos que se esgrimen para *legitimar la existencia y la necesidad de un trato diferenciado para amigos-personas y enemigos-no personas*: se exige que la respuesta bélica que se da a los enemigos¹⁰ esté efectivamente separada de la respuesta en derecho que brinda el Estado a sus ciudadanos, para así: “poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica” y preservar sus garantías de la posible contaminación bélica que pudiera implicar su contacto con el derecho penal de enemigos, denominando esta tarea como “la principal que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del derecho penal”.¹¹

SEGURIDAD COGNITIVA

Desde la perspectiva sistémico-funcionalista de Jakobs, el delito no es concebido como la lesión de un interés individual (pues al derecho penal en general y a la sanción en particular no se le asigna la labor de protección de bienes jurídicos), sino que la comprensión de un acto como lesivo viene dada desde una perspectiva social.

Según el autor antes citado, las normas jurídico-penales vienen a ser la institucionalización, a través de un amplio consenso social, de las *expectativas de conductas*. Estas, a su vez, vendrían a cumplir la labor de reducir la complejidad de la realidad en las sociedades modernas, para permitir que el individuo pueda guiarse en la intrincada y múltiple red de interrelaciones que se le presentan en cada contacto social.

De ahí entonces que lo protegido por el derecho penal venga a ser la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídicas, o dicho en otros términos, la sanción se presenta como un restablecimiento del *status quo* anterior al delito.

En síntesis, la norma jurídica según la perspectiva sistémico-funcionalista, es la expresión formalizada y simbólica (institucionalizada) de la forma de vida (de acción y reacción en determinados contextos) que la sociedad ha escogido para sí

¹⁰ Considera Jakobs que “el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la *regulación jurídica de una exclusión*”. En: *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

¹¹ Op. cit. pp. 60 – 61.

(expectativas), por ende, la sanción, viene a restablecer la “vigencia de la norma”, la “seguridad cognitiva” y las expectativas que los buenos ciudadanos esperan para poder vivir tranquilamente¹². Es por lo anterior que a esta concepción del derecho penal se ha denominado como “protección de la vigencia de la norma”.

Por lo tanto, la pena, es vista desde esta perspectiva del ciudadano, en la cual “el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada sino solo como irritación de ésta, como desliz reparable”¹³, como portadora de un significado, el cual se contrapondría al hecho delictivo, que al ser realizado por una persona, *significa* una desautorización a la norma, un ataque a su vigencia, viniendo la pena a demostrar, en un complejo proceso de negaciones y afirmaciones simbólicas, que la norma sigue vigente, contrarrestando la desautorización realizada por la persona.

A diferencia de la anterior concepción, donde la pena vendría a entablar un diálogo con el ciudadano, en el derecho penal de enemigos, la pena (más que una respuesta en derecho una respuesta de hecho), sería una medida bélica en aras de combatir un peligro.

Este derecho penal de enemigos se construye para contener a aquellos individuos peligrosos que debido a la falta de seguridad cognitiva que ofrecen a la sociedad¹⁴ se les quita la atribución de personas, lo que desemboca en una serie de medidas como la confusión entre tentativa y consumación, la equiparación de autores y partícipes, la creación de tipos abstractos y de solo peligro, privándolos así, de categorías construidas dentro del derecho penal de ciudadanos. Según esto, el énfasis es puesto en la llamada seguridad cognitiva, pues aquel que no ofrezca un mínimo de certeza en su comportamiento se convierte en enemigo, en no-persona, seguridad ésta que se deriva de la concepción normativista de la que parte el funcionalismo sistémico de Jakobs, al pretender prefigurar las actuaciones de las personas en el tráfico social, se debe tratar de eliminar a aquellos que en su “conducción de vida” introducen caos en las organizadas e industrializadas sociedades modernas.

¹² Tranquilidad que se verá continuamente afectada, pues como afirma Zygmunt Bauman “La vulnerabilidad y la incertidumbre humanas son la principal razón de ser de todo poder político; y todo poder político debe atender a una renovación constante de sus credenciales.” *Vidas desperdiciadas*. Barcelona, 2005, p. 71.

¹³ Jakobs, G. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson civitas, 2003, p. 35.

¹⁴ El enemigo es aquel individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento o en su ocupación profesional, o principalmente a través de su vinculación a una organización criminal, es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad en su comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento. Jakobs. Op. Cit. p. 43

Con el funcionalismo de Jakobs, al poner el acento en la llamada seguridad cognitiva se afirma que el valor esencial es la seguridad, pero no una seguridad en derechos, sino la simple certeza de que los miembros de la sociedad se comportarán de forma predecible y definible desde instancias transpersonalistas, estatales,¹⁵ que van más allá de la autonomía individual; lo así pretendido obedece a un afán por despersonalizar toda la sociedad, por robotizar a los miembros sociales, por convertirnos, en últimas, en lo que siempre se ha soñado de nosotros; máquinas útiles, dóciles y disciplinadas al servicio del tráfico social.

Esa forma de argumentar, independientemente de los nuevos e intrincados conceptos que usa, no se puede considerar nueva en absoluto, ya Edmund Mezger, el penalista del nacionalsocialismo,¹⁶ se refería a la enemistad al derecho y la ceguera al derecho que ofrecían algunos indeseables. Tal enemistad era concebida por este autor como la actitud que no está de acuerdo con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto, como aquellas personalidades que por su forma de *conducción de vida* eran incapaces de cumplir las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo. Sea esto suficiente respecto a las similitudes del funcionalismo-sistémico de Jakobs y el nacionalsocialismo.

Esta forma de entender el derecho y la norma, como un mecanismo que guía las actuaciones de las personas con el fin de facilitarles el tráfico social -pues se afirma que sin una respuesta previamente definida a una circunstancia determinada la vida del hombre sería caótica-, se considera uno de los grandes logros de la modernidad y de la forma de organización cultural contemporánea. No obstante, esta concepción incluye en sí una paradoja, pues como afirma Zaffaroni; “esta forma de concebir la modernidad, lleva simplemente a una ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*”¹⁷. Esta pretensión de reducir los ámbitos de expresión del ser humano a unas “expectativas” previamente definidas, desemboca en una “antropología reaccionaria antimoderna”: el hombre libre provoca el caos, solo la reducción de sus espacios provoca orden, lo que se pretende es un actuar sin pensar, “una domesticación en forma de no disenso y no pensar”¹⁸.

¹⁵ “Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el Estado nos hace más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar”. Zaffaroni E. R. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ibáñez. 2006, p. 31.

¹⁶ Muñoz Conde, F. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant le blanch, 2003.

¹⁷ Zaffaroni, E. R. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, p. 350-351.

¹⁸ Op. cit.

Esta absolutización del valor seguridad (que ya se concibe como el *derecho fundamental* a la seguridad), lo que busca es domesticar a los vulnerables, a los que debido a sus carencias materiales y sociales es más fácil excluir diciendo que violaron el pacto social que garantizarles un mínimo de bienestar económico o integrarlos en la sociedad que los mira como extraños por el simple hecho de ser inmigrantes, mestizos o pobres, esta seguridad es un mecanismo discriminatorio, pues implica un énfasis de la administración en las necesidades de los “ciudadanos respetables” (su certeza y tranquilidad ante el mundo), a costa de las necesidades de los excluidos.

Por esto no puede parecer extraño que los nuevos enemigos se presentan como los sin hogar, los drogodependientes, la criminalidad organizada, los mendigos, los extranjeros, los asilados, los refugiados y cualquier otro sector de la población que haya sido excluido.¹⁹

LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL ENEMIGO

La presencia del enemigo, aquel que debe ser eliminado ya sea porque es diferente, porque es disidente o por el simple hecho de ser un obstáculo al desarrollo de la sociedad, tal como es planeada por sus representantes, ha estado presente en todo el desarrollo de la sociedad occidental, lo que significa aceptar que la guerra ha sido un recurso permanente, ya sea de forma latente o real.

Aunque la doctrina penal siempre ha intentado usar criterios pseudo-científicos (la mejor prueba de ello es el positivismo del siglo XIX que tomando conceptos de la medicina y la psicología construía unos estereotipos de fácil identificación, y que coincidían con los indeseables para el poder político: anarquistas, extraños), para separar a los enemigos de los amigos, sin lugar a dudas, todas las racionalizaciones intentadas se remontan a una decisión política, decisión que a su vez, en aras de mantener el statu quo del momento apela a la dogmática penal para encubrir sus pretensiones bélicas en mantos científicos, en un círculo vicioso al parecer sin fin ni comienzo.

La sociedad occidental a lo largo de su historia ha estado cruzada por la disputa entre clases poderosas que intentan eliminar a las víctimas de su poder o entre clases vencedoras en clara confrontación (disimulada muchas veces por el discurso jurí-

¹⁹ Portilla Contreras, G. La configuración del “homo saccet” como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. En: *Serta in memoriam Alessandri Baratta*. Salamanca, 2004.

dico) con las vencidas (sin el discurso, sin los recursos), o de grupos colonizadores intentando neutralizar a los colonizados: con la reseña de estos conflictos concretos se llega a la conclusión de que el poder punitivo siempre reprimió y controló de modo diferente a los iguales y a los extraños, a los amigos y a los enemigos, un *leitmotiv* que ha sido denominado por la criminología crítica como selectividad estructural del poder punitivo.²⁰

Otro interrogante que se plantea aquí es el referido a quién selecciona o individualiza al enemigo, porque (como se preguntaba Albin Eser²¹): ¿quién podría decir en qué lado se encuentra el mejor ciudadano o el mayor enemigo, cuando uno de ellos rompe la paz del país por motivos políticos de interés hipotético del bien común (...), o cuando el otro, mediante el uso de cada agujero impositivo, llega a no pagar impuestos, al engaño subvencional, quitándole al Estado el sustrato económico?

Afirmo en respuesta a este interrogante que la selección del enemigo ha obedecido y sigue obedeciendo a una decisión política²², la individualización de las expectativas consideradas disfuncionales, por mucho que se quieran esconder tras discursos jurídicos o científicos, obedecen a una necesidad política (y económica), a la necesidad continua de crear enemigos para legitimar la guerra, una guerra que se presenta como recurso indispensable para mantener las cosas tal cual están.

LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Jakobs en sus textos dedicados al derecho penal de enemigos, es recurrente al afirmar que su existencia se justifica en tanto es el único recurso para salvaguardar las garantías de los ciudadanos del Estado de derecho, pues; “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos guerra y proceso penal, (...) quien no quiere privar al derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de derecho, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no

²⁰ Además de la necesidad de eliminar al definido como enemigo, la alarma social provocada en este proceso es funcional a la creación de consensos simbólicos, consensos contra el mal, que entretienen a la población, para evitar así cualquier disenso político. Así, Portilla Contreras, G. Ob. cit.

²¹ En su comentario a la ponencia presentada por Jakobs en Berlín en 1999. Op. cit.

²² Así esta decisión ya no esté en manos de los Estados, pues como afirma Zaffaroni, en el nuevo autoritarismo, son los medios de comunicación, que con sus mensajes publicitarios promocionan estereotipos, guerras y los necesarios “impulsos emocionales vindicativos”. Op. cit. p. 97.

se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”²³.

Al concebir abiertamente al derecho penal de enemigos como una guerra, “la regulación jurídica de la exclusión”, y al separarlo del derecho penal para personas, se intenta salvaguardar a los amigos, en la mejor descripción posible de una sociedad concebida como campo de batalla, como escenario por excelencia de las relaciones de poder como relaciones de guerra.

Este intento por salvaguardar a los amigos, a través de la teorización y legitimación de la necesidad de un derecho penal de enemigos, se convierte en una estrategia desesperada e inútil, pues al disminuir o relativizar las garantías para la selección de los enemigos, termina por afectar al conjunto de la sociedad.

Además de esto, se presenta el peligro de la generalización absoluta de la enemistad, pues una sociedad que no tiene muy claro los criterios de definición de sus enemigos, ya que por muchas racionalizaciones que intente todo se reduce a una decisión, y por ende reparte aquí y allá el mote de indeseable²⁴, de no persona, de enemigo al cual se entra directamente a eliminar, y al enmarcar esto en una tendencia especialmente poderosa y creciente de distinguir entre los buenos y los malos, entre amigos y enemigos; lo único que sin lugar a dudas conseguirá es seguir alentando (desde el Estado) una política criminal belicista, olvidando que el derecho penal más que solucionar los conflictos los institucionaliza.

²³ Jakobs, G. Op. cit. p. 42.

²⁴ “lo cierto es que en este autoritarismo (...) no se sabe quién es el enemigo, pues estos se suceden sin sumarse; en lugar de definirlos fotográficamente se proyectan cinematográficamente, como constructos en serie de los medios de comunicación”. Zaffaroni, E. R. Op. cit. p. 99.