

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL

BOGOTÁ, AÑO 2015

NOHORA EVELIA ESCOBAR PERDIGON Y FARIDE
ORTIZ BERNAL

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL
INTERNACIONAL**

NOHORA EVELIA ESCOBAR PERDIGÓN

FARIDE ORTIZ BERNAL

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA “UNICOC”

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Bogotá, Colombia

2015

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL
INTERNACIONAL**

NOHORA EVELIA ESCOBAR PERDIGÓN

FARIDE ORTIZ BERNAL

Asesor: Dr. DIEGO SUAREZ MONCADA

Trabajo de grado para optar al título de Abogadas

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA “UNICOC”

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Bogotá, Colombia

2015

Agradecimientos

Nuestros más sinceros agradecimientos:

A Dios, por sus múltiples bendiciones en el transcurso de nuestras vidas especialmente por su compañía durante la adaptación y desarrollo en nuestro pregrado de Derecho y Ciencias Políticas.

A nuestras familias por su apoyo incondicional y su comprensión.

A nuestro asesor Doctor Diego Suarez Moncada por su aceptación, guía y su valiosa colaboración.

A todos y cada uno de nuestros docentes Doctores Diego Suarez Moncada, Karen Franco, Ricardo Garzón, Sebastián Bustos, Dayana Becerra, Rafael Beltran, Rafael Velandia, Sandra Beltrán, Olga Alejandra Araque, José María Bucheli, Jaime Cubides, Alberto Ramirez, Ricardo Hernández, Giovanni Niño, Yelinda Rincón, Germán Silva, Rafael López, Jairo Veloza, Fabio González, por su disponibilidad, disposición y paciencia; así mismo al Dr. Carlos Fernando Amaya por su valiosa entrega y colaboración al permitir que todos nuestros inconvenientes sean solucionados y así llegar a un feliz término.

A todas y cada una de las personas que de una u otra manera aportaron al desarrollo de nuestro pregrado.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Institución Universitaria Colegios de Colombia “UNICOC”, por permitirnos esta oportunidad de superación para la formación de nuestra vida personal y profesional.

Dedicatoria

*A Pedro, Alexandra y Carlos por
el apoyo y paciencia en cada proyecto que emprendo.*

*A Mauricio, Juan Felipe, Santiago, Diego y Pilar por
el constante apoyo, conocimientos aportados, amor, paciencia y fortaleza para salir
adelante.*

TABLA DE CONTENIDO

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	6
RESUMEN	6
ABSTRACT	6
PALABRAS CLAVES.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
a) El Derecho Penal de Enemigos.	16
b) Crítica al Derecho Penal de Enemigos	19
1. Kai Ambos	20
2. Luigi Ferrajoli	28
3. Eugenio Zaffaroni	36
c) Derecho Penal Internacional como Derecho Penal de Enemigos.....	42
CAPITULO III: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	51
a) “Principio de Legalidad” en el Derecho Penal Liberal.....	51
b) Rompimiento del “Principio de Legalidad” en el Derecho Penal Internacional.	54
CAPITULO IV: EL CASO PLAZAS VEGA	60
CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA	68

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

RESUMEN

El derecho penal liberal ha venido sufriendo una serie de morigeraciones en lo que Jakobs ha dado en denominar el “Derecho Penal de Enemigos”. Estas morigeraciones de principios, derechos y garantías de la tradición liberal penal pueden devenir en graves consecuencias para los derechos y las libertades de los ciudadanos, como también del principio democrático y la legitimidad de la pena. El Derecho Penal Internacional ha sido acusado como el ejemplo más puro del Derecho Penal de Enemigo, por lo cual se hace indispensable su análisis y crítica. Este Derecho Penal Internacional debe ser controlado, por cuanto sus características de morigeración de las garantías individuales del imputado, y del principio de legalidad, entre otros, puede devenir en graves afectaciones a los ciudadanos. El caso de Plazas Vega es demostrativo al respecto.

ABSTRACT

The liberal criminal law has suffered a series of attenuations, Jakobs has called it the "Enemy Criminal Law". These attenuations of principles, rights and guarantees of liberal penal tradition could have serious consequences for the rights and freedoms of citizens, as well as the democratic principle and the legitimacy of punishment. International criminal law has been charged as the purest of the Criminal Law of Enemy example, so their analysis and criticism is indispensable. This international criminal law must be controlled,

because their characteristics attenuations of individual rights of the accused, and the rule of law, among others, could have serious effects on citizens. For Plazas Vega is demonstrative about it.

PALABRAS CLAVES

Derecho Penal del Enemigo, Derecho Penal del Ciudadano, Derecho Penal Internacional, Individuo, Estado de Derecho, Estado Absolutista, Principios Liberales.

INTRODUCCIÓN

El mundo en el que vivimos ha tenido que pasar por una inmensa cantidad de atrocidades y situaciones que repugnamos por el intenso dolor, sufrimiento y desolación que nos genera saber de su existencia y de su continuada ocurrencia. Así, desde siempre los hombres han optado por la guerra y por el enfrentamiento para zanjar sus diferencias, asesinándose, robándose y deplorándose mutuamente.

Con el advenimiento de un mundo cada vez más globalizado, y como respuesta al terrible periodo de las dos guerras mundiales, las naciones del planeta han planteado y acordado una serie de tratados internacionales para la lucha, la prevención y la no repetición de crímenes de guerra, de agresión, genocidios y crímenes de lesa humanidad. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido elogiado como el logro más avanzado que se ha conseguido hasta el momento (Huertas Diaz & Torres Vasquez, 2010) para alcanzar un mundo donde no se vuelvan a repetir estos crímenes atroces contra los cuales lucha el Derecho Penal Internacional (Mejia Azuero, 2013)

No obstante, desde diferentes autores surgen inmensas y profundas críticas al Derecho Penal Internacional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Se le acusa de ser un “Derecho penal de enemigo” (Pastor, 2006), tomando de esta forma la teoría expuesta por Jakobs, que hace la diferenciación entre “Derecho Penal de ciudadanos” y “Derecho Penal de enemigos” (Jakobs G. , 2006). Y esto, por cuanto a los enemigos se les deplora, en tanto se les quita su condición de personas al imponerles un trato ni igualitario y tratarlos, no como ciudadanos sino como meros animales que requieren de contención para salvaguardar a la sociedad de su peligrosidad (Zaffaroni, 2006). Así, el Derecho Penal Internacional, en cabeza del Estatuto de Roma depara un trato diferencial para los acusados

de crímenes internacionales, morigerando principios y garantías básicas y fundamentales de la cultura jurídico-penal occidental, como el principio de legalidad, la prescriptibilidad (Pastor, 2006) y la mayor punición normativista de la omisión, y la morigeración misma del principio de culpabilidad, al incluir tipos asociativos y responsabilidades por meramente pertenecer a una agrupación o asociación (Zaffaroni, 2006).

Por otro lado se han formulado críticas al sistema por su contexto geopolítico, económico, cultural y social. En efecto, este es un sistema de juzgamiento que rompe con la fundamentación contractualista de la pena, dado que no hay un Estado ni una Constitución mundiales, lo que implica que la legitimidad de la pena se ve seriamente cuestionada (Pastor, 2006). Así mismo es un sistema donde se punitiviza a los miembros de los países periféricos y con pequeño poder geopolítico internacional, pero que no alcanza a los grandes países, con poder y con responsabilidad por crímenes de guerra y genocidios, como los EEUU o Rusia. Así mismo, mientras las naciones “civilizadas” europeas se empeñan en crear un sistema de Derecho Penal Internacional con jurisdicción mundial y plena, no se preocupan por analizar las verdaderas causas de las problemáticas sociales, como las inequidades mundiales y la pobreza (Pastor, 2009)

Esta situación genera serias dudas en cuanto al choque de este sistema y el discurso que lo legitima, con la tradición occidental del Derecho y la cultura penal. En efecto esta situación, donde un Derecho Penal de enemigo, como es el Derecho Penal Internacional (Tesis defendida por Pastor) se legitima dentro de la estructura de los Estados de Derecho, tiene el grave peligro de generar la posibilidad de una involución hacia el Estado de policía, en tránsito hacia el Estado absoluto o dictatorial, y en claro detrimento de los derechos, garantías y elaboraciones dogmáticas y doctrinales que tienden a tutelar la concepción liberal de individuo-ciudadano como sujeto racional y capaz de elegir libremente su plan

de buen vivir, autodeterminarse, autonormarse y autoadministrarse; además puede ir en contra del principio democrático y la posibilidad de la disidencia política dentro del Estado.

Este trabajo pretende explorar la teoría del Derecho Penal del Enemigo, y algunas diversas críticas que se le han planteado desde algunas posiciones doctrinales; y de la misma manera explorar la doctrina que acusa al Derecho Penal Internacional como Derecho Penal del Enemigo, y las consecuencias que ello tiene para el Estado de Derecho y para el principio de legalidad, en especial.

CAPITULO I: CONTEXTO HISTORICO Y SURGIMIENTO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Con la experiencia que vivió el mundo occidental en las dos guerras mundiales, en especial la segunda, se generó una gran preocupación en la comunidad internacional, dados los hechos aberrantes y las infamias que se suscitaron en dichos conflictos, como el intento de exterminar a los judíos (holocausto judío), la utilización de bombas atómicas y la muerte y destrucción masivas que asolaron a la humanidad, en especial a Europa. (García Vanegas & Solano de Jinete, 2008)

La comunidad internacional, antes estaba organizada bajo el modelo de “Estados en yuxtaposición”, lo que implicaba que el Derecho Internacional Público era absolutamente respetuoso de las soberanías nacionales de cada Estado Nación. Esto generaba que solo se preocupara por la regulación normativa de los límites interestatales, como las fronteras, y tenía un enfoque acentuadamente contractualista, donde la fuente principal de derecho eran los tratados internacionales, si bien ya existía la costumbre internacional. Más allá de esto el Derecho Internacional Público no tenía injerencia.

“En el origen de la sociedad internacional moderna que... se sitúa a fines de la Edad Media y principio de la Moderna con la aparición de los primeros Estados nacionales, los Estados vivían simplemente yuxtapuestos. La soberanía y la igualdad de los Estados eran nociones básica, lo que conducía a un relativismo jurídico sin límites” (Pastor Ridruejo, 2007, pág. 70). “Desde sus inicios hasta 1945, efectivamente, el Derecho Internacional respondía a unos rasgos característicos muy acusados, que sucintamente podemos reducir a los tres siguientes: liberal, descentralizado y oligocrático” *Ibíd*em, pág. 82

Con el advenimiento de las dos guerras mundiales la comunidad internacional se enfocó en construir un sistema de Derecho Internacional Público que tuviera mayores capacidades de intervención, con la finalidad de enfrentar y no volver a permitir una gran guerra (además de que las cada vez mayores relaciones de interdependencia entre los mercados y los Estados, bloques económicos, políticos y militares; generaron una sociedad internacional con cada vez mayores necesidades de regulación de intereses y canales de diálogos; dados los crecientes niveles de interdependencia).

Se produjo así, cada vez más, un Derecho Internacional Público de Estados en coordinación, donde ya no solo se regulaban los aspectos necesarios para el mantenimiento del presupuesto de la soberanía, la diplomacia y la coexistencia interestatal (con el Estado como único y fundamental sujeto de Derecho internacional), sino que se entraban a regular diversos campos, se le imponían obligaciones interestatales a los Estados y se concebía a la Sociedad Internacional no como un simple conjunto de Estados, sino como un mecanismo en coordinación para el logro de diferentes objetivos comunes. El Estado deja de ser el único sujeto de Derecho internacional, para dar paso también a las organizaciones internacionales, regionales (como la OEA) y mundiales (como la ONU o la OMC); además de que la persona misma empieza a ser concebida como sujeto de Derecho internacional, dado que la tutela de sus derechos humanos entra a ser parte de las obligaciones internacionales compartidas. En esta dinámica surge, con inusitada fuerza el Derecho Penal Internacional.

“El derecho Internacional Contemporáneo tendría un acusado carácter humanista y social. Se interesa así por lo pronto de la protección de los derechos fundamentales del hombre, y no sólo de la definición de los mismos, sino también de los mecanismos procesales para su defensa... ha aumentado las funciones del Derecho Internacional. Este

ya no es meramente competencial y relacional, sino que tiende al desarrollo, y a través de él a la paz...” Ibídem. Pág. 84

El Derecho Penal Internacional tiene la finalidad de perseguir a los criminales que han cometido delitos, crímenes atroces, que no se pueden dejar en la impunidad, sin afectar la “conciencia universal”, de la “comunidad internacional”, conciencia esta que se expresa en la declaración de los derechos humanos de 1948, de San Francisco, en los convenios de Ginebra y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta es la clásica fundamentación que se esgrime a favor del Derecho Penal Internacional, y como fuente de legitimación.

La persecución de los delitos internacionales tiene el “... propósito... de desterrar de la faz de la tierra la impunidad, instaurando una justicia penal globalizada, que se sustente en principios liberales, en derechos y garantías procesales, no en los anhelos y las remembranzas de un sistema de justicia soportado en la venganza, no importa cuál sea la naturaleza de su origen.” Ibídem. Pág. 86

Dado lo anterior, se debe perseguir a toda costa estos individuos que han cometido estas atrocidades. En esta dinámica se viene construyendo un sistema de juzgamiento internacional, conformado por un derecho internacional penal, un derecho procesal internacional penal y una organización jurisdiccional internacional. Desde Núremberg y Tokio, cuando fueron juzgados los criminales del bloque del eje, de la segunda guerra mundial, por crímenes tan graves como el genocidio judío; pasando por Ruanda y Yugoslavia, hasta llegar finalmente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, ha habido un deseo de construir un sistema de juzgamiento universal, que persiga y penalice la comisión de estos atroces crímenes de derecho internacional, que afectan la “conciencia universal de la comunidad internacional”. (García Vanegas & Solano de Jinete, 2008)

“Si algo debe tenerse claro, hoy día, es que no existe ninguna consideración jurídica, política, social ni antropológica plausibles, para evitar que una persona natural sea investigada, juzgada y eventualmente condenada por presumiblemente cometer aquellos crímenes que la humanidad, sin distinción de nacionalidad o territorialidad, no está dispuesta a permitir que vuelvan suceder jamás.” (Mejía Azuero, 2013, pág. 42)

“...se trata de delitos que atacan, no contra valores estatales o individuales sino contra intereses fundamentales de la comunidad internacional, intereses trascendentales y en cuya conservación está interesada la comunidad internacional como un todo... En últimas, este principio de jurisdicción universal, se encuentra destinado no solo a proteger intereses estatales, sino también valores que interesan a la comunidad internacional, permitiendo la persecución de actos que vulneran directamente valores e intereses comunitarios.” (Mejía Azuero, 2013, pág. 18)

Sin embargo, surgen evidentes dudas ante este sistema, que se muestra a sí mismo como humanitario, protector de derechos y adalid de justicia. Lo anterior por cuanto el sistema de Justicia Penal Internacional, a nuestro modo de ver y según una corriente minoritaria de penalistas, adolece de graves falencias: El rompimiento de principios penales básicos, el deseo de penalizar, perseguir y sancionar, sin ninguna otra consideración, las diferentes dudas y problemáticas que se nos muestran con respecto a su legitimidad, la legitimidad de sus penas y la fundamentación de las mismas; pero sobre todo el hecho de que sea tildado por grandes penalistas como Jakobs y Pastor (Pastor, 2006), como un “Derecho Penal de Enemigo”

CAPITULO II: CRÍTICA AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a) El Derecho Penal de Enemigos.

Jakobs postula su teoría del “derecho penal del enemigo” como una tendencia que se ha venido presentando en las legislaciones, contemporáneamente. El ordenamiento jurídico tiende a garantizar los bienes jurídicos tutelados por el mismo. Pero esta tutela se logra mediante la prescripción normativa dirigida hacia los ciudadanos para que orienten su comportamiento de acuerdo a lo prescrito por el ordenamiento, y sean protegidos así, efectivamente los bienes jurídicos. El objetivo de la pena es garantizar orientar a los ciudadanos respecto de sus comportamientos, pero esto solo se logrará si estos ciudadanos tienen una expectativa normativa con respecto a que el ordenamiento va a ser vigente, se va a cumplir:

“Por lo tanto, forma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma. Este imprescindible apoyo cognitivo, sin embargo, en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho. Esta actitud de conducta legal apoya las expectativas normativas que se le dirigen incluso en el caso de que un ciudadana no cometa un delito... vuelva a haber fidelidad al ordenamiento jurídico” (Jakobs G. , 2006, pág. 81)

Para Jakobs es muy importante la confianza que los ciudadanos tengan en su ordenamiento jurídico, pero no solo de forma abstracta sino también en la práctica, en forma concreta o real. Así, si el ordenamiento protege alguno de sus derechos, no es suficiente con que lo proteja en las normas, sino que es necesaria una mediana realización de dichas normas en la realidad. Solo de esta manera el ordenamiento va a ser “vigente”, en el sentido de que se va a cumplir y los ciudadanos van a tener una expectativa normativa de probabilidad de que se va a cumplir, por lo que van a tener confianza en el mismo. Al tener esta confianza se van a orientar normativamente conforme sus prescripciones y a gozar de sus derechos, gracias a la garantía cognitiva de la pena. Pero si el ordenamiento no logra ser vigente, en tanto que

no se cumple, o hay un vacío entre el derecho abstracto y el real y concreto, los ciudadanos dejarán de tener confianza, y ya no habrá expectativas normativas de cumplimiento.

“Porque la persona en Derecho, concebida como pura persona en Derecho (y no puede ser más con este punto de partida) sólo es un comienzo abstracto en la realización del Derecho, mientras que un ordenamiento jurídico evolucionado garantiza a las personas no sólo el nudo Derecho, sino también –a grandes rasgos- el uso del Derecho” (Jakobs G. , 2006, pág. 98). “La personalidad abstracta no es el todo, y no es un objetivo final; los derechos valen solo en cuanto derechos para su disfrute, por lo demás, en cuanto nudos derechos, son inútiles” (Jakobs G. , 2006, pág. 99)

Si el ordenamiento pierde su vigencia, entonces también se perderá la expectativa normativa en el mismo y los bienes jurídicos quedarán desprotegidos. Para que esta expectativa normativa pueda cumplirse, y así dotar al ordenamiento jurídico de vigencia dentro de la sociedad, los ciudadanos deben ser “fieles al derecho”, es decir, deben orientar sus acciones conforme a sus presupuestos, deben poder ser orientados cognitivamente por las normas jurídicas.

“Postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y solo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente” (Jakobs G. , 2006, pág. 97)

Si hay unos ciudadanos, o un grupo de ellos, que no se pueden o no quieren orientarse por esas normas jurídicas, el derecho no puede confiar en una expectativa normativa de realización de su parte, dado que cognitivamente estas personas no se orientarán por lo prescrito en el ordenamiento jurídico porque no le guardan fidelidad; el derecho no podría actuar y tratarlos como al resto de ciudadanos, al resto de personas que, a diferencia de ellos, si le guardan fidelidad al derecho y en los cuales si se puede tener una expectativa normativa de cumplimiento y una orientación cognitiva de su comportamiento:

“Sin embargo, la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafacticamente de modo ilimitado; más aún; no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que debe proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión ya se percibe. Una expectativa

normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esta persona” (Jakobs G. , 2006, pág. 81)

Este segundo grupo de personas son los “enemigos”, quienes no le guardan fidelidad al derecho, por lo cual la pena no sirve para orientar su conducta cognitivamente, ni se puede esperar de ellos una expectativa normativa. Esto conlleva a que su comportamiento genere que el ordenamiento jurídico no logre su “vigencia”, es decir, la realización de sus expectativas normativas en la sociedad, por lo cual se entrarían a vulnerar los bienes jurídicos tutelados por el mismo. En este orden de ideas el Derecho no puede actuar de forma contrafáctica, esperando que sus “enemigos” se orienten cognitivamente por sus prescripciones, sabiendo que no lo van a hacer.

Por lo anterior, para mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, el derecho se escinde y crea un estatuto especial para sus “enemigos”, caracterizado por la morigeración y rompimiento de sus garantías procesales y sustanciales liberales clásicas y de derecho. De esta manera se busca contener el peligro o amenaza de quienes no se logran orientar cognitivamente ni garantizan una expectativa normativa para su sociedad. Se busca contener ese peligro mediante la exclusión del mismo de la sociedad. En esta medida el derecho penal entra a cumplir funciones policiales. La disminución de las garantías y el trato no igualitario se generan como un mecanismo para poder identificar y excluir de la sociedad a estos sujetos que constituyen un “peligro”. Estos sujetos pasan a ser “heteroadministrados” a diferencia del resto de individuos de la sociedad, ciudadanos, a los que se les reconoce autonomía moral y racional, por lo cual el derecho les respeta su capacidad de “autoadministración” (Jakobs G. , 2006)

El “Estado de Derecho” no solo se logra mediante la utilización de un Derecho penal de ciudadano, homogéneo y uniforme para todos los sujetos jurídicos que están bajo su jurisdicción. De esta forma solo se puede garantizar el “Estado de Derecho” a nivel abstracto. Para Jakobs esto no es suficiente puesto que los integrantes de una sociedad, los individuos, no son sujetos abstractos sino concretos, que requieren de gozar de derechos no solo a nivel abstracto, sino poder ejercerlos a nivel concreto, a nivel real. En el mismo orden de ideas, el “Estado de Derecho” debe ser “vigente” si se quiere y se pretende una

consecución real del mismo, y no meramente abstracta; el ordenamiento jurídico debe ser vigente, en tanto cumplido y respetado fielmente si se quiere que no quede en el mero nivel de la abstracción. En este orden de ideas el Derecho penal del enemigo se hace necesario por cuanto genera una barrera de contención contra los sujetos que no le guardan fidelidad al ordenamiento jurídico, y que impiden que este pueda ser vigente, real y concreto. Dado lo anterior este Derecho penal del enemigo se hace necesario para asegurar una vigencia real del ordenamiento jurídico, una tutela efectiva de los bienes jurídicos, la confianza de parte de los ciudadanos en la expectativa normativa, la persuasión cognitiva de la pena y la realización verdadera, concreta y real del “Estado de Derecho”

“En segundo lugar y sobre todo, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad con base en el concepto abstracto de Estado de Derecho carece de todo valor. Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas, esta es una constatación que solo puede llevarse a cabo en abstracto; en cambio, en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad solo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico. De manera paralela a como se expuso en relación con el concepto de persona, y también de la vigencia del Derecho, tampoco un Estado de Derecho es real porque sea pensado, postulado...” (Jakobs G. , 2006, págs. 114-115)

b) Crítica al Derecho Penal de Enemigos

Jakobs afirma reiteradamente en su obra (Jakobs G. , 2006) que su teoría es descriptiva de una realidad que se está viviendo, de una evolución de los ordenamientos jurídicos penales, que está dándose a nivel mundial, y que tiene como finalidad responder a una serie de fenómenos que ponen en grave riesgo los ordenamientos jurídicos, los derechos de los

ciudadanos y la estabilidad de los Estados mismos. Sin embargo la teoría del Derecho Penal de Enemigos ha suscitado un amplio debate y ha sido objeto de críticas de parte de diversos autores. Aquí tomaremos a Ambos, Ferrajoli, Zaffaroni, y Pastor como algunos de los exponentes de estas críticas al Derecho Penal del Enemigo.

1. Kai Ambos

Para Kai Ambos, Jakobs en un primer momento de su devenir académico expone su teoría del Derecho Penal del Enemigo con un enfoque descriptivo y crítico de lo que estaba sucediendo como tendencia en los ordenamientos jurídicos, de manera contemporánea. Dado lo anterior Jakobs habría identificado el fenómeno, que consistía en que los ordenamientos jurídicos se habrían escindido en dos: una de aquellas configuraciones mantendría un Derecho Penal de raigambre liberal, con el respeto de los principios, derechos, garantías y construcciones dogmáticas que el Derecho Penal habría construido desde el periodo de la ilustración hasta nuestros días, mientras que el otro se habría diseñado para cierto tipo de sujetos, definidos primero por el propio ordenamiento jurídico, a los cuales se les morigeraría toda esta serie de discursos, principios, derechos, garantías y construcciones dogmáticas del Derecho Penal liberal, por lo cual se constituiría en un Derecho Penal antiliberal. Entrarían a convivir, de esta forma, dos tipos de ordenamiento penal dentro de un mismo Estado. Para el primer tipo Jakobs habría otorgado el nombre de “Derecho Penal de Ciudadanos”, mientras que para el segundo tipo lo habría llamado “Derecho Penal del Enemigo”. Este segundo tipo de Derecho Penal, de corte antiliberal habría surgido como una estrategia del Estado en la lucha contra una serie de amenazas que se habrían posicionado contemporáneamente, y para las cuales el Derecho Penal clásico, el

de raigambre liberal, con todos sus discursos racionalizadores, sistematizadores y de contención del poder punitivo del Estado, no eran eficaces.

Sin embargo, para Ambos, Jakobs habría tomado una segunda posición en donde le habría dado un giro a su perspectiva teórica: desde una perspectiva descriptivo-crítica habría asumido, ahora, una perspectiva valorativo-legitimadora. En efecto, el criterio de identificación de los “enemigos”, a quienes se les aplicaría un Derecho Penal de corte antiliberal, ya no sería estrictamente procesal y taxativo-enunciativo por parte de las instituciones estatales competentes, sino que se haría identificando a los individuos que no responden a la garantía cognitiva de la pena, es decir, para los cuales la pena y el Derecho Penal no servirían para los fines para los que se han dispuesto, en tanto estos sujetos no orientarían su acción de acuerdo a ella. De esta manera, el criterio de separación entre “ciudadanos” y “enemigos” ya no sería procesal sino “ontológico”, en tanto que estos sujetos se podrían identificar desde antes de ser enunciados por el ordenamiento jurídico.

Para Jakobs la garantía cognitiva de la pena, es decir, la capacidad que tiene la pena de guiar y regular el comportamiento de un sujeto es lo que sirve como criterio diferenciador entre “ciudadanos” y “enemigos”. Para los primeros la pena y el ordenamiento jurídico es legítimo, por lo que le guardan fidelidad al mismo, así en un momento dado lleguen a romper sus prescripciones. En este orden de ideas este tipo de sujetos son “fieles” al ordenamiento jurídico, y de ellos se puede esperar una “garantía cognitiva” de la pena. Diferentes a los anteriores, el segundo tipo de sujetos, los “enemigos”, no le guardarían ningún tipo de fidelidad al ordenamiento jurídico, y la pena no servirá para motivar y guiar su comportamiento, por lo cual no se podría esperar una “garantía cognitiva” de la pena.

A partir de este momento Jakobs habría asumido su postura valorativo-prescriptivo-legitimadora. En efecto, si hay una serie de sujetos para los cuales el ordenamiento jurídico,

el Derecho Penal y la pena no significaran nada de lo que se ha propuesto que signifiquen, y de lo que sí significan para el resto de individuos sujetos de este ordenamiento, el Derecho Penal no podría actuar y tratarlos de la misma manera que al resto de estos sujetos. En otras palabras, el Derecho Penal y el ordenamiento jurídico no podrían ser ciegos ante una situación claramente perceptible, consistente en que hay uno sujetos para los que el Derecho Penal no es legítimo, por lo cual no le guardan ninguna clase de fidelidad, y la pena que se les impone no cumplirá con la función de reafirmar los valores del ordenamiento jurídico en la sociedad y en el individuo infractor, pues este individuo no considera legítimo o no es “fiel” al Derecho, como en el caso de los “terroristas”.

“El destinatario de las denominadas regulaciones de derecho penal del enemigo –que se caracterizan por una anticipación del umbral jurídico-penal, de una legislación de lucha en lugar de una legislación penal y la supresión de garantías procesales- se convierte en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano” (Ambos, 2007, pág. 24)

Schmitt hace una diferenciación, entre “enemigo externo” y “enemigo interno”. Con el primero de ellos se entabla una lucha fuera de las “fronteras”, fuera de la sociedad en la cual se encuentra el conjunto de los “amigos”, por lo cual este tipo de enemigo es “exógeno”. A este tipo de enemigo se le reconoce su “alteridad”, se le reconoce que es “diferentes”, y en tanto diferentes se le puede tolerar como tal, pues su diferencia no afecta a la sociedad interna, no afecta al conjunto de “amigos”, que es lo que le da identidad y seguridad al grupo político interno. Con este tipo de enemigos se puede celebrar tratos y se puede hacer la paz. En cambio con el “enemigo interno” no se puede admitir ninguna clase de contemplación, ninguna clase de “paz”, pues el “enemigo interno” cuestiona los fundamentos mismos de su sociedad, cuestiona al grupo mismo de “amigos”, y se convierte en un traidor de los propios, en alguien que ha renegado de su propia identidad. La

aceptación del “enemigo interno” sería la aceptación de la disolución futura de la propia sociedad y del propio grupo político de “amigos”. Por lo tanto al “enemigo interno” no se le reconoce ninguna posibilidad de “alteridad” ni de “diferencia” legítima, sino que se le percibe como un traidor, que ha osado cuestionar los fundamentos mismos de su sociedad. La identidad y cohesión del grupo social y político se ven amenazados por este enemigo endógeno. Frente a este tipo de enemigo no se puede optar por la “paz”, sino solo por la eliminación.

“Si bien al concepto del enemigo externo no se le puede negar una cierta legitimidad, la del enemigo interno solo sirve a la desacreditación del contrario y a la justificación de la forma de proceder propia, sino proporcionar una fundamentación material para la exclusión del otro. Este concepto del enemigo no tiene límites... La falta de contornos se ve acompañada por la exageración: La sobredimensión de la amenaza aparente, junto con la negación simultánea de las características buenas, desfiguran la realidad y hacen que la confrontación se torne inevitable. Con el enemigo interno no se tiene nada en común; representa una amenaza para la propia existencia de uno mismo y, en este sentido, se encuentra siempre fuera de la propia identidad –individual o colectiva-” (Ambos, 2007, págs. 22-23)

En la etapa teórica de Jakobs, que para Ambos es de legitimación-valoración-prescripción del Derecho Penal del Enemigo, el autor (Jakobs), según Ambos, habría iniciado un proceso de legitimación y defensa de los mecanismos y de la filosofía que motiva al “Derecho Penal del enemigo” y su aplicación. Esta defensa se relaciona con el enfoque normativista que maneja Jakobs en su teoría del Derecho Penal, su finalidad y las funciones de la pena. Como para este autor la pena tiene la finalidad de reafirmar los valores del ordenamiento jurídico y la protección de los bienes jurídicos tutelados por el

Derecho Penal, los ciudadanos deben responder cognitivamente a esta, es decir, que los ciudadanos deben orientar su conducta conforme a estas prescripciones, en tanto que las reconocen como legítimas y le guardan “fidelidad” al Derecho. De esta manera se puede esperar una “garantía cognitiva” de parte de los “ciudadanos” frente al Derecho Penal y sus prescripciones. Pero si hay unos sujetos frente a los cuales no se puede esperar esa garantía cognitiva, por cuanto no le reconocen legitimidad al ordenamiento y no le son fieles, el Derecho no les puede brindar el mismo trato que el que se les brinda a los ciudadanos.

Pero más grave aún, Jakobs habría iniciado la defensa de un Derecho Penal antiliberal, del “Derecho Penal de Enemigos”, y de esa manera entraría a legitimación el derrumbamiento de los discursos, doctrinas y estructuras de la tradición liberal del Derecho Penal, como los principios, las garantías sustanciales y procesales y las construcciones mismas de la doctrina jurídico-penal. Habría iniciado la legitimación de un Derecho Penal de autor y de pensamiento, rompiendo con las garantías individuales de Derecho Penal de hecho. Los “terroristas” o cualquier tipo de sujeto o grupo de sujetos que no respondieran a la “garantía cognitiva de la pena” y no guardan “fidelidad” al derecho tendrían que ser excluidos del Derecho de ciudadanos, con un criterio preventivo y de contención de la peligrosidad. De esta manera se pasaría a un Derecho Penal de autor y de pensamiento, en tanto que la punición no se produce por los hechos antijurídicos, típicos y culpables que sean atribuibles al imputado, sino por el solo hecho de tener una serie de características personales, culturales, políticas, filosóficas o ideológicas que lo harían “no fiel” al Derecho, o simplemente “peligroso” frente al ordenamiento jurídico: la pena no se aplicaría ya con los criterios de “prevención general” y “prevención especial”, sino como una mera barrera de contención del peligro. Y para mantener la “vigencia” del ordenamiento jurídico, esta contención no podría esperar hasta la comisión de un hecho delictivo (derecho penal de

hecho) sino que se tendría que anticipar, por ejemplo bajo la forma de los “actos preparatorios” o los delitos de “peligro abstracto”, o las “tratativas” previas a la comisión de un delito; anticipándose de esta forma al hecho, y puniendo los pensamientos, las ideologías y las características personales de los imputados. Se generaría un esquema de “guerra preventiva” y Derecho Penal policial.

“La línea divisoria entre peligro real y el meramente afirmado desaparece, la percepción de peligro se determina conforme al derecho penal del enemigo, atrayendo así al peligro sin que el discurso del derecho penal del enemigo encuentre apoyo alguno en la realidad... Jakobs argumenta intrasistematicamente –sobre la base de un concepto luhmaniano de persona como subsistema psíquico-físico que se define como tal por la garantía cognitiva mínima- y sobre la base de un normativismo extremo...” (Ambos, 2007, págs. 37-38)

Pero lo más grave de todo el asunto, es que el criterio de identificación entre “ciudadanos” y “enemigos” nunca ha sido claro, ni procesal-legal ni teóricamente. De esta manera el “Derecho Penal de ciudadanos” tiende a ser contaminado por el “Derecho Penal de Enemigos”, y los ciudadanos habrán perdido toda garantía de seguridad de sus derechos, y el Estado podría entrar a tomar una postura arbitraria, paranoica para autolegitimar su poder. Se podría entrar en una dinámica de subordinación de los derechos y garantías ciudadanas, frente a posibles “amenazas” y “luchas” que el Estado estaría dando para la supuesta protección de la sociedad, pero por esa vía entraría a derrumbar todo el esquema de derechos, principios, garantías y dogmática que con anterioridad se habían construido, precisamente para limitar el poder punitivo del Estado y tutelar-salvaguardar los derechos y garantías de los individuos. El Derecho Penal se estaría contaminando con el Derecho Penal

de Enemigo, y los ciudadanos mismos quedarían expuestos a ser víctimas de ese “Derecho Penal de Enemigos”.

“Un aislado derecho penal del enemigo no puede en ningún caso garantizar el Estado de derecho del restante derecho penal del ciudadano (si bien lo pone como pretexto), puesto que la juridicidad, que sólo debía referirse a unos individuos aislados, no constituye “un ámbito situado en la fronteras del Estado, sino que, obligatoriamente, recorre la totalidad del Estado y destruye el núcleo del Estado de derecho” (Ambos, 2007, pág. 50)

Por lo anterior la conceptualización que de “enemigo” propone Jakobs, como un individuo que se opone duraderamente a los valores del ordenamiento jurídico, por lo cual no se puede orientar por el mismo, ni de él se puede esperar ninguna clase de garantía cognitiva por medio de la pena, es una conceptualización que rompe totalmente con el principio de Derecho Penal de hecho, lo que se concreta en el “principio de lesividad”; y entra a considerar abiertamente la defensa de un Derecho Penal de autor y de pensamiento. Esto por cuanto el “enemigo” al ser un sujeto que por tendencia no reconoce legitimidad ni es fiel al ordenamiento jurídico-penal, radica esta característica ya no en una definición normativo-legislativa-procesal, sino el característica intrínsecas del individuo mismo.

Por otro lado Ambos también critica el hecho de que Jakobs no se ha preocupado por la incidencia y las consecuencias que su teoría tendría sobre los países, las culturas y los ordenamientos jurídicos en los cuales se ha propagado. Así, para Alemania y los países europeos con sociedades estables y ordenamientos jurídicos y Estados consolidados, este tipo de teorías podrían incidir meramente en los aspectos doctrinales y académicos, se quedarían en las discusiones de las universidades. Pero lo cierto es que la teoría de Jakobs del “Derecho Penal del Enemigo” ha tenido una enorme acogida en países, hispanoamericanos, como los latinoamericanos. Y para nadie es un secreto que países

como los nuestros, latinoamericanos, no poseen ordenamientos jurídicos y Estados consolidados, y también han vivido experiencias históricas desagradables, con regímenes autoritarios, dictaduras, violaciones de derechos humanos, etc. La preocupación de Ambos se centra en el potencial legitimador que una teoría como la de Jakobs pueda tener sobre el advenimiento de grupos políticos y regímenes similares a los ya tristemente vividos en Latinoamérica.

“Pese a que se puede tratar de una cuestión antigua, el carácter programático de las tesis de Jakobs llegaría a contener un potencial político-criminal que –con independencia de la posición material que a uno le provoque- resultaría en consecuencias político-criminales de gran calado, ya sea en el plano judicial como en el legislativo” (Ambos, 2007, pág. 40)

Para Jakobs se justificaría un trato diferenciado para aquellos sujetos que no responden cognitivamente a la pena, es decir, para los que no reconocen legitimidad al Estado ni al sistema social, por lo cual el derecho no los podría tratar como ciudadanos. En tanto esta visión resulta de un normativismo extremo, discrimina flagrantemente a los diferentes grupos de marginados, sociales, religiosos, económicos y culturales, que por diferentes motivos no comparten el marco cultural y normativo general y vigente en un ordenamiento jurídico, como el alemán. De esta forma, el normativismo extremo de Jakobs, critica Ambos, no toma en cuenta la diversidad y la discrepancia política, para imponer una teoría de uniformación y homogeneización del diferente, o punición total.

Para Ambos es necesario retomar una postura y una mirada humanitaria del Derecho, del Estado, de la sociedad y del ordenamiento jurídico. Una mirada que vuelva a poner la primacía sobre la “dignidad humana”. En efecto, si se adopta este criterio no es viable hacer una distinción entre “personas” y “no-personas”, en tanto que cada ser humano, por el solo hecho de serlo tiene derecho a ser considerado como “persona”, por cuanto su dignidad

humana debe prevalecer sobre cualquier otro criterio defensista. Hay que dar un paso más allá del simple, reduccionista y simplificador normativismo extremo, y su objetivo fundamental de la “vigencia” del ordenamiento jurídico; hay que entender y comprender a los grupos marginados, a los grupos a los cuales la sociedad y sus diferentes estructuras han relegado a posiciones de subordinación. Es una mirada más compleja lo que nos permitirá superar la postura “buenos”-“malos”, “amigo”-“enemigo” y “ciudadano”-“enemigo”.

2. Luigi Ferrajoli

Para Ferrajoli (Ferrajoli, 2000) se ha venido imponiendo una cultura de la excepción y de la emergencia, que es una reminiscencia de los esquemas inquisitoriales de juzgamiento, que eran predominantes en el antiguo régimen. Esta nueva tendencia es una involución frente al garantismo penal que se había consolidado en la ilustración y gracias al movimiento racionalista.

“La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición premoderna, además de en la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía” (Ferrajoli, 2000, pág. 807)

Es una involución en la que prima la razón de Estado frente a la razón jurídica. Pero dado lo anterior, representa un retroceso frente a todos los avances de la cultura penal de occidente, avances estos que se consolidaban mediante principios básicos como el de legalidad, el de culpabilidad, el de lesividad y el de proporcionalidad, y que estaban

cimentados sobre una filosofía humanista-racionalista-laica, donde primaba la libertad y la capacidad de autoadministración y autonomía del individuo, frente a la realización de su propio plan de vida, libremente escogido. En este sentido los principios inquisitivos que eran utilizados en el antiguo régimen serían tangencialmente rechazados en tanto limitaban la capacidad del individuo de autodeterminarse y le negaban su capacidad de racionalizar, pensar y disentir, y eran utilizados por un poder político que pretendía ejercer tutelaje total sobre la sociedad. En este orden de ideas los sistemas inquisitoriales eran utilizados para quebrar la autonomía del individuo y ejercer un poder absoluto.

“Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del derecho procesal penal, aunque en situaciones excepcionales... y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, ya no subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supra ordenado en ella.” (Ferrajoli, 2000, págs. 807-808)

La primacía de la razón jurídica frente a la razón de Estado es una garantía de contención del poder político, de ese gran leviatán en el que se había convertido el Estado en la modernidad. La razón jurídica garantizaba para el individuo la seguridad jurídica y la igualdad formal, dos presupuestos básicos para ejercer su autonomía, alcanzar un plan de vida libremente escogido y autorealizarse, libre y racionalmente. Con la primacía de la razón jurídica también se impedía que el poder político pasara por encima de sus ciudadanos y los instrumentalizara para sus propios objetivos. En este orden de ideas la razón jurídica tutela el imperativo ético kantiano que dice que el hombre no puede ser utilizado como instrumento sino que siempre debe ser tratado como un fin en sí mismo. Pero con la vuelta a la razón política, lo que importa no son los derechos de los ciudadanos

sino la supervivencia y los intereses del Estado. Con lo anterior el ciudadano pierde todos sus derechos, pierde su seguridad jurídica y pierde su igualdad formal, pierde su derecho a ser tratado como una persona racional y con capacidad de autodeterminarse, autonormarse y alcanzar un plan de vida libremente escogido.

La utilización de un Derecho Penal que rompe con la tradición jurídico-penal occidental, sus principios y garantías, que utiliza procedimientos inquisitoriales, que rompe el principio jurídico para darle paso al principio político; un derecho que instrumentaliza al ciudadano y no lo trata como un fin en sí mismo, es incompatible totalmente con un Estado de Derecho, en tanto que este constituye la antítesis de todos estos presupuestos, pues es un instrumento constituido para la tutela, la seguridad, la igualdad y la garantía de los derechos de los ciudadanos. Esta concepción es incompatible con la democracia y la legitimación contractualista del poder político, y en cambio es propia de un estado absolutista.

“La tesis que sostendré es que el principio de la razón de estado es incompatible con la jurisdicción penal dentro del marco del moderno estado de derecho, de forma tal que cuando interviene –como en el derecho penal de la emergencia- para condicionar las formas de justicia o, peor, para orientar un concreto proceso penal, entonces ya no existe jurisdicción sino otra cosa: arbitrio policial, represión política, regresión neoabsolutista del estado a formas premoderas” (Ferrajoli, 2000, pág. 812)

La razón de Estado y la razón jurídica son totalmente incompatibles y responden a principios diferentes. En la primera el individuo es instrumentalizado para la consecución de los fines del Estado, que por esta acción, no se muestra democrático ni de Derecho, sino absoluto. En este orden de ideas el Estado es el fin y el individuo, la persona, es el medio, el instrumento. Por esto no hay la preocupación por el respeto de unas supuestas garantías y unos principios, sino que se favorece la aplicación de criterios inquisitivos, pasando por

encima de la dignidad y de la individualidad de la persona. En cambio, en la razón jurídica, el ciudadano es el fin y el Estado es el medio. Toda la estructura estatal está dispuesta para la garantía y consecución-concreción de los derechos del ciudadano

“Se comprende la contradicción entre la “razón de estado” así entendida y el “estado de derecho”. El criterio regulativo de la primera es la subordinación de los “medios”, de por sí indeterminados y no regulados, a la consecución de “fines” políticos cuya formulación se confía, realista o históricamente, a la persona del soberano o, en todo caso, a los titulares del poder estatal; el poder guía del segundo es en cambio la subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos, esto es, no abiertos ni indeterminados, sino vinculados a la ley.” (Ferrajoli, 2000, pág. 814)

Los clásicos derechos y garantías liberales que protegen al individuo contra la arbitrariedad o la instrumentalización de parte del Estado hacen parte de estos derechos fundamentales que deben estar tutelados por el ordenamiento jurídico. Al utilizar el Derecho Penal como una herramienta para imponer la razón de Estado se rompe con la imparcialidad de la rama jurisdiccional en el juzgamiento. Las garantías sustanciales y procesales del imputado se rompen, dado que la legitimidad ya no radica en la razón jurídica y el respeto a la seguridad jurídica, la igualdad y la dignidad del individuo; sino en la razón de Estado.

“En segundo lugar, la función judicial no se refiere, como la razón de estado, a intereses públicos de carácter general, sino a casos particulares, en los que incide sobre derechos fundamentales de los ciudadanos cuya tutela, incluso en conflicto con los intereses del estado, es precisamente su fuente de legitimación sustancial. En tercer lugar, la razón de estado está guiada por principio por la lógica partidista y conflictual del amigo/enemigo, que es en cambio incompatible con la naturaleza de la jurisdicción, que

exige la imparcialidad del órgano juzgador y su indiferencia hacia cualquier fin o valor extraño al proceso. El cuarto lugar, la razón de estado, por la indiferencia que, por el contrario, alimenta hacia la naturaleza de los medios empleados, legitima una absoluta discrecionalidad del soberano, es decir, su gracia y su arbitrio, allí donde la jurisdicción sólo está legitimada si está vinculada a la ley, o sea, a la predeterminación legal y taxativa de las hipótesis del delito y a la formulación judicial de acusaciones correspondientes y empíricamente determinadas.” (Ferrajoli, 2000, pág. 815)

El cambio ha sido motivado por el discurso de una serie de amenazas que implican un supuesto quebrantamiento de los valores fundamentales, o el surgimiento de grupos organizados que amenazan con derrumbar la estabilidad del sistema en general y del Estado constituido. Estas amenazas no se podrían tratar con el recurso a un derecho ordinario, por lo cual habría que recurrir a mecanismos extraordinarios y excepcionales. Estos grupos se convierten en enemigos del Estado, enemigos a los cuales hay que eliminar con una acción conjunta de las instituciones, en lo cual también debe tomar parte la jurisdicción.

“El cambio de su fuente de legitimación externa –la razón de estado y el criterio pragmático del fin en la lucha contra la delincuencia, en vez de las reglas del estado de derecho en torno a los medios y a sus vínculos garantistas- ha producido en muchos casos una justicia política alterada en su lógica interna respecto a los cánones ordinarios: no ya actividad cognoscitiva basada en la imparcialidad del juicio, sino procedimiento decisionista e inquisitivo fundado en el principio del amigo/enemigo y apoyado, más que en la estricta legalidad, en el consenso mayoritario de los partidos y de la opinión pública... (Ferrajoli, 2000, págs. 815-816)

Las garantías procesales y sustanciales de estos imputados, entonces, son reducidas, y los principios liberales clásicos son morigerados y reinterpretados de forma antiliberal, para

poder llevar a cabo este “objetivo del Estado” en la lucha contra estos grupos que ponen en riesgo la estabilidad del Estado y la sociedad. Los principios de igualdad, neutralidad y objetividad ya no operan. La jurisdicción se convierte en otro de los instrumentos mediante los cuales el Estado emprende la lucha contra su enemigo. Estos sujetos ya no tienen, de facto, la misma categoría que el resto de los ciudadanos.

“... su acción conjunta ha transformado el proceso en una máquina con varios brazos accionable contra el imputado y ha perturbado todas las garantías clásicas: la estricta legalidad penal, que requiere la conexión cierta de la pena con el delito cometido, y no con la calificación de la acusación o de la defensa del imputado, y penas iguales para delitos iguales; el principio de contradicción y, en general, el esquema triangular del proceso, que exige el antagonismo entre acusación y defensa y la imparcialidad del juez; la presunción de inocencia y la conexa carga de la prueba que pesa sobre la acusación, una y otra convertidas en una genérica presunción de culpabilidad que de hecho gravea por igual a los arrepentidos y a los no arrepentidos.” (Ferrajoli, 2000, pág. 819)

El Estado justifica este tratamiento diferenciado para enemigos en tanto necesita proteger su estabilidad y garantizar su supervivencia, para poder así garantizar el verdadero “Estado de Derecho” y la verdadera “razón jurídica” para el resto de sus ciudadanos, que no constituyen una amenaza contra la estabilidad y la supervivencia. De esa manera se esgrime un Derecho de enemigo, un Derecho de excepción como mecanismo de protección del derecho ordinario, de las garantías sustanciales y procesales clásicas y del Estado de Derecho. De esta forma el Estado de Derecho se defiende mediante su propia negación y su propia contradicción.

“Y se entiende, además, la contrariedad de la tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la

defensa del estado de derecho y la democracia”... en realidad, la ruptura de las reglas de juego se invoca en estos casos para tutela de las mismas reglas de juego; el estado de derecho se defiende mediante su negación.” (Ferrajoli, 2000, pág. 814)

El problema es que la negación de sus propios principios y presupuestos legitimadores y que le dan sentido puede, también, conllevarlo a que desaparezca. Ya no por la acción de estos grupos “subversivos” sino por el rompimiento de todos sus presupuestos, ya no excepcionalmente sino como regla general, dando primacía así a la razón de estado, y claudicando totalmente la razón jurídica. El derecho de excepción o de enemigo genera, en este sentido, un daño que no es muy fácil de corregir, en tanto que introduce dentro de la cultura de la “comunidad jurídica”, la cultura de los jueces, magistrados y la academia, una visión no garantista del derecho, la jurisdicción y del Estado de Derecho. Se empieza así a presentar una confusión entre lo que es el “Estado de Derecho” y la “razón jurídica”, y lo que es el “Estado de excepción” y la “razón política”. De este modo, el regreso al Estado de Derecho, después de que supuestamente se hubiese superado la causa de la excepcionalidad, empieza a ser difícil y las garantías y derechos sustanciales y procesales, así como los principios de la cultura liberal clásica pueden terminar refundidos en los criterios de protección del Estado y las instituciones y supuesta lucha contra la delincuencia.

“... Durante años aquel ha sido que las leyes excepcionales eran al mismo tiempo necesarias políticamente y legítimas constitucionalmente, y que por ello las garantías procesales de libertad y de verdad sirven para las épocas y los procesos ordinarios y no para los extraordinarios, que en materia de justicia el fin justifica los medios porque los medios no cuentan y pueden cambiarse o sustituirse a placer... lo que ha roto no es uno o más

principios, sino el valor mismo de los principios, que se han probado flexibles y, en caso necesario, apartables: en una palabra, ya no “principios”

Este estropicio cultural es la verdadera ruptura producida por la emergencia. Las nuevas medidas excepcionales se han enraizado en las prácticas y difundido incluso en los procesos normales, generando poderes y centros de poder no dispuestos a normalizarse y, sobre todo, una incultura policial informada preferentemente por los valores pragmáticos de la seguridad y la eficacia... ” (Ferrajoli, 2000, pág. 831)

Frente a esta situación Ferrajoli propone que hay que re-normalizar el ordenamiento jurídico para evitar a toda costa el riesgo de que la razón de Estado y el Estado absoluto e inquisitorial absorban al Estado de Derecho, y además que la cultura jurídica de la comunidad vuelva a rehabilitarse y se eliminen los centros no dispuestos a normalizarse. Solo de esta forma el ciudadano y sus derechos volverán a ser el centro de legitimación y de acción del sistema, retomando así el respeto por los principios y garantías clásicas liberales, un proceso ordenado y legal, que respete la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad, entre otros. De esta forma Ferrajoli postula su doctrina: el garantismo penal, por completo opuesta a la del Derecho Penal de Enemigo.

“La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas.-si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas- no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medio, dado que los medios, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino

la verdad procesal obtenido sólo por su medio y prejuzgada por su abandono.” (Ferrajoli, 2000, pág. 831)

Para lograr esto Ferrajoli propone una vuelta a las interpretaciones clásicas y garantistas de las instituciones jurídicas, las garantías sustanciales y procesales, y los principios liberales. Propone volver a un proceso informativo y no ofensivo, volver al principio de legalidad con todas sus consecuencias, volver a la presunción de inocencia, eliminar los rasgos inquisitivos del proceso, garantizar el derecho a la defensa y la contradicción; en general la tutela garantista de los derechos de los ciudadanos.

3. Eugenio Zaffaroni

Zaffaroni expone una posición claramente crítica del Derecho Penal del Enemigo. En su experiencia esta estrategia de “lucha” ha sido utilizada por las dictaduras latinoamericanas y los gobiernos totalitarios, como el que vivieron países como Argentina. Esta experiencia fue traumática para los ciudadanos pertenecientes a los Estados latinoamericanos, en tanto que estos gobiernos cometieron graves abusos entre los cuales se cuentan desapariciones, torturas, represión de la disidencia política y, de hecho, la comisión de graves crímenes internacionales, en lo que se conocieron como las “doctrinas de la seguridad” (Zaffaroni, 2006)

Por otra parte, con la globalización, se ha generado un poder planetario que tiende a dominar a los Estados-Nación, que con su viejo presupuesto de la soberanía han perdido toda capacidad de mando y de manejo real sobre las dinámicas estructurales de los fenómenos sociales. Su poder se ve soslayado, y se ven subordinados por el poder internacional que se ha venido formando. En este proceso el poder internacional ha creado

chivos expiatorios y enemigos, “luchas” frente a las cuales los Estados-Nación, sin poder real sobre las estructuras de la sociedad, no han podido hacer más que ceder y acoplarse a las exigencias de estos poderes internacionales globales.

“... los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales... el poder planetario fabrica enemigos y emergencias –con los consiguientes estados de excepción- en serie y a alta velocidad” (Zaffaroni, 2006, pág. 25)

Zaffaroni expone que los gobiernos autoritarios han esgrimido que se encuentran en “lucha” contra una serie de amenazas que estarían poniendo en grave riesgo al Estado de Derecho, y a la estabilidad y supervivencia del Estado mismo, como los grupos de disidentes políticos. Dado lo anterior habrían generado mecanismos jurídicos en los cuales se buscaba que la jurisdicción fuera otro de los instrumentos del Estado en la lucha contra estos grupos. Dado lo anterior las garantías liberales clásicas fueron recortadas, así como los principios fueron soslayados, dejando a los inculcados en condiciones de “no-persona”.

“También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica.” (Zaffaroni, 2006, pág. 19)

Para Zaffaroni este tipo de prácticas producen una dicotomía entre el clásico Estado de Derecho y un Estado-policía. Esto se produce por la escisión que se da en el Derecho Penal, donde algunos de sus ciudadanos han sido despojados de la condición de personas, y reducidos a la condición de mero peligro, de no-personas, lo que termina legitimando todo tipo de tratos anti-igualitarios, anti-garantistas y anti-liberales, con el propósito de “luchar” y poner fin a esa amenaza. El sujeto no es tratado como persona que tiene “dignidad

humana” sino como sujeto peligroso ante el cual hay que actuar y eliminar, en pro de la sociedad y el Estado.

“El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se les señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal...” (Zaffaroni, 2006, pág. 19)

Esto produce una clara contradicción entre los presupuestos básicos y esenciales del Estado de Derecho y el Estado Constitucional, y la doctrina penal; y esa nueva normatividad que se propende por penetrar el ordenamiento jurídico, y la filosofía que la fundamenta.

“En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último...” (Zaffaroni, 2006, pág. 20)

El Estado de Derecho y Constitucional, y la doctrina penal clásica no pueden admitir que dentro del ordenamiento jurídico se deslice una normatividad que rompa con sus postulados y presupuestos básicos, en tanto que el paso a un Estado de Policía implicaría el acercamiento hacia un Estado absolutista, irrespetuoso de las garantías y derechos básicos liberales de los ciudadanos; derechos estos que precisamente están tutelados por las diversas construcciones doctrinarias jurídicas y de teoría política, como el Estado de

Derecho, el Estado constitucional, y la doctrina y los principio básicos del Derecho Penal de raigambre liberal-clásica. El Estado policial, la normatividad que lo concreta y el discurso que lo legitima, introducen un elemento contradictorio y disolvente del Estado de Derecho y de las garantías y principios clásicos-liberales, que tienen la finalidad de proteger al individuo y sus libertades y racionalidad frente al Estado y su enorme poder. (Zaffaroni, 2006)

“...dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas. Este trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio de estado de derecho o pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto...” (Zaffaroni, 2006, pág. 13)

Un ordenamiento que discrimine y no trata igualitariamente a algunos de sus individuos les está negando, de esta manera su individualidad misma, al tratarlos como meras fuentes de peligro frente a las cuales la sociedad se debe contener y se debe proteger, pues de esta forma se les niega, o no se les reconoce, autonomía moral, capacidad de pensamiento y reflexión, y la capacidad de autodeterminarse y fijarse un prototipo y unos valores de vida, que configuren un proyecto mediante el cual este individuo consiga la autorrealización en la vida, y de esta manera le otorgue un sentido particular y respetable, a su existencia. Al tratarlos como meras fuentes de riesgo o de peligro, a las cuales hay que contener mediante un tratamiento no igualitario dentro del ordenamiento jurídico se les está negando esta capacidad racional, y esa autonomía ética y moral. Y el hecho de que se les

reconozcan algunos derechos no “humaniza” el trato frente a estos individuos, en la medida de que en el fondo se les sigue considerando como “no-personas” sino como “enemigos”-“fuentes de peligro”-“fuentes de daño futuro”.

“La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio de estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso. (Zaffaroni, 2006, pág. 28)

Se produce un ocultamiento o mimetización del Derecho Penal de raigambre autoritaria y propia del Estado absoluto, dentro de las estructuras del Derecho Penal liberal, propio del Estado Constitucional de Derecho. El elemento policial que esto introduce es un elemento disolvente de las garantías y derechos de los ciudadanos, que poco a poco conlleva a la legitimación del Estado absoluto y de la instrumentalización del individuo.

La introducción de la categoría de “enemigo” en el Derecho Penal (usualmente tácita) se hace con el objetivo de acomodar a la jurisdicción para conseguir que esta se convierta

en una herramienta, en otra de las “armas” de “lucha” utilizada contra esta supuesta “amenaza”, estos individuos a los cuales se les ha despojado de condición de personas y a los cuales se les ha negado su autonomía ética, moral y racional. Esto se logra mediante una reformulación de toda la teoría, la dogmática, y una reinterpretación de los conceptos de la doctrina clásica del Derecho Penal. En efecto, está se constituyó, desde el periodo de la ilustración hasta nuestros días, como una serie de discursos críticos del poder político y punitivo del Estado, con el objetivo de contenerlo y ordenarlo, para que su aplicación no fuera arbitraria y no fuera utilizada por el gobernante de turno para incentivar su propio proyecto político, sino que fuera un poder institucional del Estado, en tanto despolitizado, sino que independiente, autónomo y predecible; tutelando así, los presupuestos modernos de la “seguridad jurídica” y la “igualdad formal”, que implican a su vez un “Estado de Derecho”. Pues bien, esta serie de principios como los de legalidad, taxatividad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, culpabilidad, legalidad, etc.; están dispuestos, a su vez, para tutelar y hacer realidad estos objetivos filosóficos, que se le plantearon al Derecho Penal desde la ilustración, y que tienden a proteger al individuo frente al enorme poder del Estado moderno, el leviatán.

Pues bien, en el Derecho Penal de Policía, que tiende en el fondo hacia el Estado absolutista e irrespetuoso del individuo, los discursos racionalizadores anteriormente nombrados son desnaturalizados, “reinterpretados” o morigerados, con el objetivo de que la jurisdicción se convierta en una herramienta útil al poder del Estado en su lucha contra los “enemigos”, concepto este que, como ya se explicó, les niega el carácter mismo de “personas”

“Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición

(alcanzando los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor.” (Zaffaroni, 2006, págs. 23-24)

En el fondo esta dinámica contaminará la cultura judicial de la comunidad jurídica, que ya no verá su función como un compromiso ético y moral de neutralidad y objetividad, de no dejarse llevar por los prejuicios y por los pensamientos preconcebidos (conocimiento privado del juez). Esto genera una dinámica de anormalización del ordenamiento, su interpretación y las prácticas de la comunidad jurídica. El Estado de Derecho se va disolviendo, y las dinámicas que son aplicadas a los “enemigos” tienden a extenderse y a contaminar al Derecho y las prácticas que deberían estar deparadas para los “ciudadanos”. El Estado de Derecho, con su elemento disolvente-inquisitorial de una dualidad para “enemigos” tiende a desaparecer y convertirse en un Estado Absoluto, por cuanto la dinámica de anormalidad y de no neutralidad termina contaminando todo el ordenamiento jurídico. Es decir que un Estado de Derecho que conviva con un elemento disolvente dentro de su propia estructura, un Estado Constitucional y un Derecho Penal Liberal que permitan esta situación, alojan en su interior un espectro de legitimidad para su propia desaparición.

c) Derecho Penal Internacional como Derecho Penal de Enemigos.

El Derecho Penal Internacional ha sido defendido y legitimado sobre la base de la persecución de los más graves, atroces, crímenes contra la humanidad, como el genocidio, los crímenes de guerra y los de “lesa humanidad”. Según sus legitimadores, el Derecho Penal Internacional y los tribunales Internacionales de juzgamiento son uno de los grandes avances de la humanidad contra la violación de los Derechos humanos, y a favor de la

“conciencia universal” y los “valores” de la humanidad. El sistema de Justicia Penal Internacional sería una muestra de que la humanidad ya no tolerará jamás que tales crímenes sean cometidos de nuevo (Mejia Azuero, 2013)

“El derecho internacional de los derechos humanos representa un intento por parte de la comunidad internacional y una aspiración ética y moral que reafirma que la conquista y el ejercicio de los derechos humanos simboliza en sí una de las formas de progreso más importantes de la condición humana, especialmente porque “progreso de la condición humana” significa el acceso al ejercicio de derechos por parte de los grupos vulnerables y excluidos” (Huertas Diaz & Torres Vasquez, 2010, pág. 16)

No obstante, hay una corriente de penalistas que se oponen al Derecho Penal Internacional y lo han venido acusando como el ejemplo perfecto de lo que Jakobs llamaría “Derecho Penal de Enemigos”. En este orden de ideas se resaltan diversos aspectos, como el tratamiento de los imputados, el rompimiento de principios básicos de la tradición jurídico-penal occidental, y hasta aspectos de la legitimidad misma de la pena y del sistema, en relación con el principio democrático; y las relaciones geopolíticas de poder mundiales.

Daniel Pastor es uno de los críticos más certeros del Derecho Penal Internacional. Para este autor el Derecho Penal Internacional es el ejemplo más puro de Derecho Penal del Enemigo. Y su conclusión es tajante y clara:

“Por mi parte prefiero una conclusión sin tanta complejidad: si el Derecho penal del enemigo “está mal”, entonces el poder penal internacional también “está mal”. Pero no obstante ello y al igual que el Derecho penal del enemigo interno, ahí está, fatigando trecientos años de evolución de la cultura penal y haciendo que Beccaria, reducido a pobre comentarista de modestísimas ideas penales sin relevancia internacional, se revuelque en su tumba” (Pastor, 2006, págs. 517-518)

Para Daniel Pastor el Estado de Derecho no puede admitir que para la supuesta “salvaguardia” y “protección” del mismo se esgrima un Derecho Penal que no cumpla con los criterios, garantías y requisitos de un Derecho Penal liberal. Para el autor un Derecho Penal que no cumpla con esos requisitos es, simplemente, un “no-Derecho Penal”. Esta postura la toma el autor al constatar que en el Derecho Penal Internacional se maneja un discurso de la punición total, o punición al infinito, en donde a los imputados no se les respetan las garantías, los derechos y los principios de la tradición liberal del Derecho Penal, que si se les respetan al resto de ciudadanos. En este sentido, los imputados por delitos de Derecho Penal Internacional son una especie de “marginados” del Derecho Penal.

En un primer momento Pastor inicia con una serie de críticas profundas e importantes a la teoría del “Derecho Penal del Enemigo” de Gunter Jakobs. En este sentido comparte las posturas y posiciones que acabamos de repasar en el anterior apartado, acerca de la hostilidad que se presenta contra esta teoría de Jakobs, por todos los problemas y riesgos que conlleva.

“En esa evolución hemos llegado, en la actualidad, a un Derecho penal antiliberal y antigarantista, de excepción generalizada y emergencia permanente...” (Pastor, 2006, pág. 486)

En el Derecho Penal de Enemigos, según Pastor, el Estado utiliza un tratamiento diferenciado con respecto a unos individuos, que a los otros. Las funciones de la pena, para un grupo de sujetos, no se pueden llegar a cumplir dado que un grupo de sujetos no presentan una “garantía cognitiva”, por lo que ponen en riesgo el ordenamiento jurídico, situación está que el Estado no puede permitir.

“...Los rasgos propios del Derecho Penal del enemigo están vinculados al trato jurídico que reciben ciertas personas que de manera duradera y persistente rechazan la legitimidad del orden jurídico y pretenden destruirlo. El Derecho penal de ciudadanos es aplicado por el Estado a aquellos autores cuyo crimen no pone en peligro la subsistencia del orden jurídico, quienes siguen vinculados al derecho tanto por su facultad de reinserción social como por el deber de reparar el daño...” (Pastor, 2006, págs. 477-478)

El trato diferenciado para los enemigos se concreta en una serie de cambios en el ordenamiento jurídico, en los principios de tradición liberal, en los derechos de los imputados, el procedimiento y las garantías que tradicionalmente se le asignaban al individuo. De esta manera asistimos a una clara morigeración de principios tan importantes como el de legalidad, el de proporcionalidad, el cambio de fuentes del Derecho Penal y el rompimiento del principio de taxatividad, así como el rompimiento del principio democrático, entre otras.

Pastor resalta que para Jakobs, si bien el Derecho Penal de Enemigos es una deformación del Derecho Penal de ciudadanos, es decir, es una deformación del Derecho Penal liberal con todas sus garantías, teorías, principios, dogmática y doctrina, y que en este orden de ideas, constituye un trato de “no-personas”, es algo más deseable que un trato “sin reglas” para los enemigos. Con el “Derecho Penal de Enemigos” el Estado le brinda un tratamiento jurídico, y que al menos le reconoce unos procedimientos, unos derechos y unas garantías a sus víctimas, y no un tratamiento no reglado, totalmente arbitrario contra el enemigo, que no le reconocería ninguna clase de derecho o garantía. Es decir que el Derecho Penal de Enemigo es algo más deseable y humano que el simple tratamiento no reglado del enemigo.

“Segunda: también el enemigo es tratado sobre la base de reglas jurídicas que, aunque diferenciales, evitan que el enemigo se le haga directamente la guerra o se lo someta a reacciones espontaneas (y esas reglas, inexorablemente, siempre tendrán algo del Derecho penal del ciudadano también para el trato del enemigo); el Derecho penal del enemigo no es la guerra al enemigo. Tercer: si los enemigos deben ser tratados con el derecho, entonces también es necesario un régimen diferencial para que las prevalecientes reglas de excepción entre enemigos no se conviertan en la norma general aplicable, incluso a los casos en los cuales tiene significado y cumple su función cognitiva (derecho penal de ciudadanos).” (Pastor, 2006, pág. 478)

Para Pastor este tipo de Derecho, aplicado a nivel internacional, se muestra más como una relación de subordinación geopolítica de los países poderosos contra los países dominados. En efecto, es claro que este poder penal no se aplicará para los países o para los miembros pertenecientes a los países que están en la jerarquía del poder geopolítico mundial, sino para con los subordinados.

“...la guerra y el imperialismo de entonces no han cambiado en los objetivos, sino solo en las tecnologías de dominación y de destrucción del rival; la farsa de entonces, de simular procedimientos judiciales limpios, no se distingue de la nuestra.... Aparece así la oposición Estado de derecho-Estado de excepción que es lo que en verdad está detrás del par conceptual ciudadano-enemigo.” (Pastor, 2006, pág. 484)

Los crímenes de Derecho Internacional están transversalizados por una concepción que impone ante todo la punición de los culpables. Son delitos que, por su grado de gravedad y su atrocidad, merecen ser vengados a como dé lugar. Por lo tanto el relajamiento de las normas “ordinarias” y “normales” se justifica y está legitimado por la función misma de

punir estos graves hechos. Esta discusión es de vieja data en la filosofía política, y versa sobre si hay sujetos y actos que por su gravedad, merecen tratados de forma excepcional.

En este orden de ideas los crímenes de Derecho Internacional han generado, entre otros fenómenos, un proceso de “involución” de las garantías y del proceso penal liberal occidental. Los principios jurídico-penales, como el de legalidad, se relajan frente a esta amenaza, frente a estos enemigos de la sociedad que deben ser castigados a como dé lugar, para salvaguardar la “conciencia universal

“...el poder penal internacional es el prototipo del Derecho penal del enemigo... Todo poder penal internacional... esta colmado de las características que definen el denominado Derecho penal del enemigo (empezando por el hecho de que el imputado es normalmente el enemigo vencido en una guerra). El poder penal internacional deroga prácticamente todos los principios de la cultura jurídico-penal desarrollada desde el racionalismo y la ilustración para prevenir el ejercicio abusivo del poder penal” (Pastor, 2006, pág. 489)

En este orden de ideas dentro del Derecho Penal, y en específico, con el Derecho Penal Internacional se ha generado una institucionalidad internacional con capacidad de aplastar al individuo, subordinarlo y quitar y eliminarle todos sus derechos, seguridad y garantías. Un aparato mundial que simplemente no toma en cuenta las construcciones que desde la ilustración se había venido construyendo para limitar, contener, sistematizar y racionalizar el poder punitivo del Estado.

Una muestra fragante del rompimiento de los principios y garantías penales es la “reinterpretación” o, mejor, rompimiento del principio de legalidad clásico de la tradición liberal. Tema que se tratará con alguna mayor profundidad más adelante, en el trabajo:

“En segundo lugar, habría un Derecho penal consuetudinario con obligaciones de punir para todo el mundo (un inaudito *ius cogens* ¡penal!). En tercero y último lugar, tenemos

jurisdicciones penales que aplican alguno o todos esos derechos bastante amorfos...”
(Pastor, 2006, pág. 487)

Los objetivos del Derecho Penal Internacional se basan en una concepción inquisitiva de la pena y de la justicia. En este orden de ideas el problema de la no imprescriptibilidad de los delitos, el del rompimiento del principio de proporcionalidad, el rompimiento del principio de legalidad, se muestran como una concreción de estos presupuestos inquisitivos de punición total y al infinito. Un sistema en el que, cueste lo que cueste, el individuo debe terminar aplastado por el poder punitivo de la “sociedad internacional”

“Estamos ante una ideología antiliberal claramente orientada a una punición infinita, casi sin límites, de los llamados “crímenes contra el derecho internacional... Se trata de un sistema creado no para investigar y juzgar, sino para condenar, pues su objetivo eufóricamente declamado es “acabar con la impunidad”. Parece aceptada la idea de que se puede actuar sin límites serios contra los delitos del derecho internacional en tanto que cruzada contra el mal. La “lucha contra la impunidad” ha creado un derecho internacional penal del enemigo.” (Pastor, 2006, pág. 491)

Volviendo al punto inicial, y por lo dicho atrás, el Derecho Penal Internacional es una muestra concreta de lo que es un Derecho Penal de Enemigo. Y es una falacia llamarle a ello “Derecho Penal” por cuanto este es un sistema con límites al poder punitivo, que reconocer dignidad a la persona humana y protege su individualidad, su autonomía y su capacidad racional de decisión.

“El Derecho penal es un orden jurídico de límites al poder punitivo (Estado de Derecho), con lo cual las ampliaciones antiliberales de ese poder, propias de su segmento destinado a enemigos, desmienten a este último como orden jurídico” (Pastor, 2006, pág. 503)

Solo se le puede llamar Derecho Penal al de tradición liberal, al que protege la dignidad de la persona, al que no hace exclusiones o tratamientos no igualitarios, al que respeta las garantías, principios y derechos de los individuos, al que reconoce a cada individuo una capacidad racional y una posibilidad de autodeterminación. No al que trata a una persona como “no-persona” en tanto lo trata como mero peligro a contener, como “enemigo” de la sociedad al que no es necesario respetarle ninguna de sus garantías penales, y al que se debe perseguir de manera inquisitorial. De esta manera podemos tener el riesgo de pasar de un Estado de derecho y un Estado Constitucional, a un Estado policial y un Estado absoluto.

“Esa porción de supuestos a tratar jurídica y penalmente es igual a la que se pueda tratar con un Derecho penal que no degenera en prácticas incompatibles con la tradición liberal, los postulados del Estado constitucional de derecho y los principios de garantía de los derechos fundamentales de los acusados de los grandes pactos de derechos humanos.”
(Pastor, 2006, pág. 503)

Se debe resaltar el peligro que ya muchos otros autores han resaltado: el Derecho Penal ordinario o normal tiende a ser contaminado por el Derecho Penal del Enemigo. Los derechos y garantías de los “ciudadanos” pueden verse afectadas por una expansión del Derecho Penal del Enemigo. En efecto, las dinámicas inquisitoriales y policiacas pueden contaminar al Derecho Penal de tradición liberal bajo los mismos parámetros y con los mismos argumentos. Se puede empezar a decir que el crimen y el delito no pueden ser permitidos en la sociedad, y que la única manera de desterrarlos es la de aumentar las penas y destruir las garantías para los imputados, que empezarían a ser vistos como los “enemigos” de la sociedad, y no como ciudadanos. Y esto se puede ver acentuado en tiempos de crisis. Los derechos individuales y los derechos fundamentales, al admitir

dentro de la dinámica “normal” un Derecho Penal “anormal” están en riesgo para todos los ciudadanos.

“Que la regulación de un “Derecho penal especial de enemigos” dentro del Derecho penal, impida que sus reglas de excepción contaminen extensamente el “Derecho penal de ciudadanos” es solo una comprensible ilusión, una separación que, como el propio Jakobs en parte lo reconoce, resulta impracticable, pero no solo a grandes rasgos, como cree dicho autor, sino que en modo alguno se va a poder mantener un derecho normal sin ser contaminado hasta la expropiación por el Derecho penal del enemigo. La historia del funcionamiento de los aparatos penales desmiente la confianza jakobsiana en la eficacia básica de un muro que separe con cierta eficacia el Derecho penal del ciudadano de las agresiones regladas y controladas contra los enemigos. Las reglas derogatorias de los derechos fundamentales de criminales sospechosos históricamente han surgido como excepciones ocasionales y aisladas que después se han extendido como los carcinomas a todo el cuerpo del Derecho penal, esto es, también al de ciudadanos” (Pastor, 2006, pág. 504)

CAPITULO III: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a) “Principio de Legalidad” en el Derecho Penal Liberal.

La importancia del Estado de Derecho, conceptualización que va de la mano y es casi que inherente al principio de legalidad, a la razón jurídica y al Derecho Penal de tradición liberal, es descrito de manera acertada en el siguiente texto, que sintetiza la importancia y el espíritu del Estado de Derecho, es decir, la igualdad formal, la seguridad jurídica y los derechos del individuo.

“El Estado de derecho afirma la supremacía del derecho y la obligatoriedad del sistema jurídico para todas las personas, tanto físicas como jurídicas, públicas o privadas. Reivindica el respeto y cumplimiento del derecho, tanto nacional como internacional. El Estado de derecho es un sistema jurídico, condicionado por principios políticos democráticos que hacen referencia al funcionamiento y gobernanza por el que los individuos, las instituciones, y diversas entidades, públicas y privadas, incluido el Estado, deben someterse a las leyes que han sido públicamente aprobadas, supervisadas y garantizadas tanto por el gobierno, como por el poder judicial, cuya labor principal es hacer respetar el cumplimiento del derecho... Dicho sistema debe respetar... [La] igualdad ante la ley, responsabilidad jurídica, transparencia y equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación del soberano en la adopción de decisiones que afectan a la vida pública, seguridad jurídica, evitación de la arbitrariedad y transparencia procesal y jurídica.

El Estado de derecho, sobre todo, presume la existencia de un régimen contrario a la arbitrariedad, la resolución de conflictos a través del derecho y no por medio del uso de la fuerza, donde el derecho es un medio para reforzar la cohesión y justicia social, de forma

que este instrumento de libertad y seguridad materializado en el ordenamiento jurídico, permita preservar y reforzar los valores de la libertad y la dignidad humana para los individuos” (Huertas Diaz & Torres Vasquez, 2010, págs. 13-14)

El principio de legalidad está estrictamente ligado al concepto de “Estado de Derecho” y al de “razón jurídica”. El individuo debe ser protegido frente al poder del Estado, que es cada vez mayor. Frente a este “leviatán” el individuo quedaría aplastado si no se le dotara, mediante el ordenamiento jurídico, de una serie de teorías, principios y normatividades que lo protegieran adecuadamente. De esta forma el principio de legalidad va estrictamente ligado, también, a la posibilidad que tienen los individuos de expresar su opinión política, disentir frente al gobierno, y proponer sus ideas para que sean realizadas. El individuo, a quien se le considera un sujeto racional, debe ser protegido para que sus libertades de culto, conciencia, expresión, libertad de asociación, sean respetadas, y el principio democrático y la legitimación política contractual puedan ser una realidad.

“El peligro de una instrumentalización política del Derecho penal queda contrarrestado en buena medida gracias a la concreción en la mayoría de las Constituciones de una serie de garantías del ciudadano que cumplen el papel de barreras al ejercicio del ius puniendi y que hacen que la potestad penal del Estado no sea una potestad absoluta sino una potestad sometida a unos límites tanto formales como materiales... limitando el poder estatal tanto al nivel de la producción de normas como del de su aplicación y de su ejecución” (Martínez, 2004, pág. 13)

El principio de legalidad nace en la dinámica y dentro de la ideología de la ilustración, que fue una marcadamente individualista, donde la confianza en la “razón” determinó una fe en la misma, y un optimismo frente a los individuos, su capacidad creadora y la capacidad del hombre en general de apropiarse de su sentido de vida y controlar su futuro,

resolviendo los problemas que agobiaban a la humanidad, precisamente mediante la utilización de la razón. En este orden de ideas se pretendía liberarse o deshacerse del yugo de la religión, del Estado y de cualquier mecanismo que pretendiera limitar la libertad y la capacidad racional del individuo. Solo un Estado de Derecho, en el que el individuo tuviera tutelada su seguridad jurídica sería acorde con las necesidades racionales de legitimación contractual del poder y libertades individuales. Es una conquista de claro tinte liberal. En este orden de ideas también hay que decir que la legitimación democrática del poder político se convirtió en un criterio fundamental para asentar el Derecho Penal. En efecto, solo los representantes directos del pueblo serían legítimos para imponer leyes que limitaran sus derechos, entre ellos el más importante, la libertad.

“El principio de legalidad penal es una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y el paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal, convirtiéndose en un principio basado del Derecho Penal democrático al hacer posible una limitación al poder punitivo del Estado que expresa en primer lugar, la reacción ilustrada contra el “*ius incertum*”, contra la inseguridad jurídica y la arbitrariedad del viejo régimen, reclamando claridad, certeza y límites precisos a la intervención punitiva del Estado. Pero unido a las doctrinas del contrato social y de la división de poderes significa además, una poderosa garantía política para el ciudadano, expresiva del imperium de la ley, de la supremacía del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y de la escrupulosa salvaguarda de los derechos y libertades individuales.” (Martínez, 2004, pág. 14)

De esta forma la seguridad jurídica del individuo se ve tutelada gracias a que el principio de legalidad implica que hay una ley cierta, previa y estricta, una ley taxativa que prescribe que comportamientos le están vedados y cuales (el resto) le están permitidos. De

esta forma el principio de legalidad se convierte en una barrera de contención fundamental contra el poder político, y en general cualquiera de los representantes de alguna de las ramas del poder político, como el ejecutivo y el legislativo, pero en especial el judicial. En efecto, el poder judicial tenía una tradición inquisitiva de juzgamiento, en donde los derechos individuales no habían sido respetados. Por lo anterior el criterio de contención y limitación del poder judicial, que debía ser “boca de la ley” se constituía como “muy importante”.

“Pero, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los Jueces a penas que no admita el pueblo. Por eso mismo, su contenido no se agota en una simple función de garantía de la seguridad jurídica, representada por la existencia de predeterminación normativa de la esfera de lo punible, sino que incluye asimismo una función de garantía de la libertad de los ciudadanos al condicionar taxativamente el catálogo de delitos y penas a la decisión de una instancia democráticamente constituida –el poder legislativo- que, como representante de la soberanía judicial, actúe como freno ante los posibles abusos de los poderes ejecutivo y judicial” (Martínez, 2004, pág. 14)

b) Rompimiento del “Principio de Legalidad” en el Derecho Penal Internacional.

El principio de legalidad sufre un clarísimo rompimiento en el Derecho Penal Internacional. En efecto, las garantías y presupuestos que acabamos de ver en el anterior apartado sufren un resquebrajamiento desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días. Esto se enlaza con lo dicho por Pastor, de que el Derecho Penal Internacional parece más

un Derecho Penal para los vencidos en la guerra. Este fenómeno se introdujo, en un primer momento, para posibilitar el juzgamiento que se llevó a cabo contra los nazis en Núremberg.

“Así, el art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1948, que tuvo la finalidad de justificar los procesos del Tribunal Militar de Núremberg, introdujo junto al derecho nacional, como fuentes del derecho penal, el derecho internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas... Esta ampliación de fuentes del derecho penal permitieron juzgar los crímenes de guerra de los nazis en aquellos procesos, lo que no ofrecía oposición alguna con el derecho anglosajón, pero sí, en cambio, con el derecho continental, en el que la irretroactividad de la ley penal y la prohibición de la costumbre como fuente del derecho penal se resentían claramente en con aquella decisión” (Jaen, 2008, pág. 55)

En cuanto a las normas penales en blanco que se establecen y que deben ser llenadas por la normas del ius-cogens, es decir, por las normas del derecho consuetudinario, Jaén ve uno de los problemas más grandes, y una de las afectaciones más intensas para el principio de legalidad.

“... ciertamente, lo más indicador, son las normas penales en blanco, es decir, aquellas que deben ser llenadas, en nuestro caso, por normas de carácter internacional y, en especial, del “ius cogens” Y entonces, como punto lateral al anterior, se pregunta si ¿se debe aplicar la ley según la interpretación en el momento de la acción o según la interpretación en el momento de la sentencia?, ¿es posible la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable?” (Jaén Vallejo, 2008, pág. 11)

En efecto, como lo dice Jaén Vallejo, en la tradición continental del Derecho Penal no es admisible el rompimiento del principio de legalidad por vía del rompimiento del

principio de taxatividad. La analogía que desfavorece al imputado, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho no pueden ser tomados válidamente como fuentes de Derecho Penal. De esta forma se rompe la seguridad jurídica y la garantía contra la arbitrariedad de los jueces y de los demás poderes Estatales, contra los derechos individuales de los ciudadanos. Daniel Pastor ya había resaltado esta situación en sus textos ((Pastor, El Derecho Penal del Enemigo en el Espejo del Poder Punitivo Internacional, 2006) y (Pastor, El Derecho Penal del Enemigo en el Espejo del Poder Punitivo Internacional, 2006), entre otros)

Para Ambos esto no constituye un rompimiento del principio de legalidad, sino una nueva interpretación que se inclina más por un “principio de justicia”. Esta es una argumentación claramente frágil, en tanto que detrás de dicho “principio de justicia” se esconde una visión inquisitiva y arbitraria de los poderes públicos. Para Daniel Pastor, por ejemplo, esto constituye una concreción de una “razón internacional de Estado” (Pastor, 2006), en contra de la “razón jurídica”. Las consecuencias de esto ya las vimos en la explicación que nos presenta Ferrajoli (Ferrajoli, 2000)

El principio de legalidad se rompe al comprender la palabra “ley” ya no en sentido estricto sino en sentido amplio, comprendiendo dentro de ella también los tratados internacionales y la costumbre, con lo cual también se rompe el principio de taxatividad y la seguridad jurídica. Los ciudadanos quedan expuestos al desbordado poder de las autoridades panópticas, que aunque ya no son principalmente los Estados-Nación, siguen existiendo. Se rompe, además, la fundamentación laica-contractualista del ordenamiento jurídico y su legitimidad, en tanto consenso o pacto-acuerdo de los ciudadanos, cuyos derechos deben ser protegidos en condiciones de igualdad formal y de seguridad jurídica, con el fin de que puedan desarrollar libremente su plan de vida y sus derechos, consagrados

en el ordenamiento jurídico, gracias a las leyes generadas por sus representantes, con lo cual también se da un rompimiento del principio democrático. Así, al transformar el principio de nullum crime, se rompen también todos sus paradigmas filosóficos, ideológicos y dogmáticos que los acompañaban.

“... el enviado especial de la comisión internacional de derecho... dejó buena constancia en su cuarto informe de que “la palabra ley (en el principio nullum crimen sine lege (debe ser entendida en su más amplio sentido, incluyendo no solo la ley sino también la costumbre y los principios generales del derecho” (Ambos, Temas del derecho penal internacional, 2001, pág. 20)... la única diferencia sustancial radica en que la mayoría de la ILC rechazó a “los principios generales del Derecho” como demasiado imprecisos, prefiriéndose la ley nacional o internacional para fundamentar la acusación... (Ambos, Temas del derecho penal internacional, 2001, págs. 20-21)

Mediante la nueva visión del principio nullum crimen el poder internacional elimina las justificaciones y legitimaciones democráticas, clásicas contractualistas. Elimina las configuraciones realmente existentes, lo que genera que sea un poder de facto, de hecho.

Asistimos a una crisis del principio de legalidad del Moderno Estado liberal. El principio de legalidad se ha venido reduciendo y perdiendo toda la antigua rigurosidad, que lo caracterizaba en la antigua ideología liberal clásica, donde el individuo y su defensa, la de sus derechos y garantías individuales contra el Estado, eran la ideología y el discurso predominante. En contraste, el nuevo discurso sobre el principio de legalidad está ahora atado hacia la protección de los bienes jurídicos esenciales, universales y erga-omnes que se han instituido desde la comunidad internacional: los derechos humanos (Carta de San Francisco 1948)

Se ha venido construyendo una normatividad supranacional, desarrollada en base a la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, que retoma el ius naturalismo, frente al clásico positivismo jurídico que se había apoderado de todos los ambientes jurídicos científicos y se había convertido en la doctrina oficial de las ciencias o teorías científicas del derecho; y que busca concretar y garantizar la vigencia real de dichos derechos frente a los ordenamientos jurídicos estatales. Así, se firma el Tratado de Roma, y se crea la Corte Penal Internacional, como un tribunal de justicia supranacional erigido con el fin de castigar la violación de los crímenes de lesa humanidad que no hayan sido debidamente investigados, juzgados y castigados por las jurisdicciones nacionales.

Los “crímenes de lesa humanidad”, entonces, se instituyen como unas normas que subordinan todo el aparato estatal y el ordenamiento jurídico, que subordinan las garantías clásicas de defensa del individuo, que subordinan toda la teoría garantista del derecho penal, el principio de legalidad, entre otras.

En nombre de la justicia, la no impunidad, la reparación, la verdad, etc. se persigue implacablemente a estos nuevos enemigos de la sociedad, a estos nuevos parias sin garantías, a estos nuevos demonios que no tienen derecho a que la sociedad los acepte en su seno y les brinde la posibilidad de reintegrarse, sino que los excluye y los persigue con la meta de exhumar esos miedos, esos temores dejados por el periodo de atroces guerras mundiales. Y todos los discursos, toda la tradición jurídica occidental, toda la ideología garantistas, todas las elaboraciones sobre derecho penal, el delincuente, la criminología, la política criminal; todo ese aparato teórico y conceptual que habían construido durante tantos años las ciencias penales en occidente parece que nunca hubiera existido, que tantas y tantas críticas al derecho penal y a su consideración como la solución de los problemas sociales nunca se hubiera dado, que de un momento a otro hubieran desaparecido,

desconociendo la función de legitimación política que tiene el derecho y el discurso penal para el Estado, el carácter clasista y elitista del derecho penal, su carácter estigmatizador y su deber de proteger al delincuente, que es más que todo una víctima del sistema, de la irracionalidad de las masas.

CAPITULO IV: EL CASO PLAZAS VEGA

En el caso de Plazas Vega podremos ver concretada la crítica del Derecho Penal Internacional como un Derecho Penal de Enemigos. Así mismo podremos observar el rompimiento del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Por lo tanto, pasemos a examinarlo.

Analizando entonces, la sentencia del Coronel Plazas Vega, se observa que la responsabilidad que se le imputa es por el delito de desaparición forzada. Dicho delito solo tiene su aparición, dentro de la legislación nacional en la ley 589 de 2000 (la pagina 450 de la sentencia dice “Ahora bien, el genocidio, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado, sólo fueron introducidos como delito en la legislación nacional a través de la Ley 589 de 2000, que fue incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal -Ley 599 de 2000“) por lo cual se alega, por parte de la defensa, que su aplicación a los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de dicha norma traería como consecuencia una clara violación al principio de legalidad, tradicionalmente entendido (Estado clásico liberal), en cuanto existencia de ley previa para poder ser aplicada, y la irretroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad; dice la sentencia: (Pág. 450-451, 464, 2012)

“De otro lado se alega por parte del recurrente, que la variación del tipo penal imputado secuestro, por el de desaparición forzada en hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, implica vulneración del principio de legalidad y del principio de Nullum crimen, nulla poena sine praevialege. (...) Considera esta Sala, contrario a lo sostenido por el apelante, que no existe tal vulneración al principio de legalidad toda vez que el delito de desaparición forzada ya existía en la normatividad nacional e internacional ratificada por Colombia al momento de ocurrir los hechos, en tanto

era vinculante merced al bloque de constitucionalidad. (...) El artículo 93 de la Constitución Política prescribe que “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”

Como se observa en la cita, el principio de legalidad en su forma de taxatividad y estricta legalidad se ve morigerado, por cuanto ya no es la ley la única fuente de tipificación penal, sino que ahora son también los tratados internacionales y sus ambiguas y abstractas interpretaciones, entre otras.

Como nos lo muestra (Vallejo, 2008): “Tradicionalmente, como se vio, el principio de legalidad se ha venido entendiendo como la exigencia de una *lexscripta*, *certa*, *praevia* y *stricta*. Sin embargo, la internacionalización de este principio ha ido introduciendo modificaciones importantes que afectan su alcance.

Este fenómeno de la internacionalización de principio de legalidad ha supuesto una considerable ampliación de las fuentes del derecho penal, al introducir las fuentes del derecho internacional (los tratados, la costumbre, la doctrina internacional, la jurisprudencia internacional) y por tanto relativizando las exigencias de *lexscripta* y *lexpraevia*, proabiamente, las más significativas del principio de legalidad.”

En cuanto a la garantía de la prescripción, dentro del principio de legalidad, en el caso Plazas Vega también se ve, así mismo disminuida. La conceptualización del delito de “desaparición forzada” como delito de ejecución continuada impide la prescripción del mismo, ya que se considera que su ejecución no cesa, por lo que el tiempo de prescripción no comienza a correr. Este delito ha sido tipificado como de “lesa humanidad”. De esta

forma, se le siguen violando las garantías y los derechos individuales al procesado, conculcándole el derecho a la seguridad jurídica y a la igualdad formal.

De esta manera, se vuelve a la concepción de la sociedad como un conjunto de individuos que se dividen entre buenos y malos, por lo cual prima el derecho a la justicia y a la verdad antes que el respeto a las garantías procesales y jurídicas de los implicados, (en este caso Plazas Vega) y se revive de esta manera un derecho penal del enemigo, un derecho penal déspota, inquisitivo y autoritario, inequitativo y moralizante, destructor de las libertades individuales, que pretende moralizar/guiar/obligar a sus ciudadanos, quitándoles toda libertad y poder de decisión.

Esta nueva manera de tratar el problema genera un “derecho penal del enemigo”, lo que constituye una violación y un retroceso para las garantías individuales de los ciudadanos; es un derecho para subdesarrollados, es un mecanismo de control por parte de los grandes poderes suprarregionales mundiales, reduce el derecho penal de ultima ratio a solo ratio, desconociendo la complejidad de las problemáticas sociales, con lo cual también concibe la sociedad en términos de buenos y malos, reviviendo así los antiguos discursos legitimadores de la “irracionalidad de las masas” y a creación de chivos expiatorios sobre los cuales la sociedad descarga su odio, se vuelve más intolerante y no resuelven los complejos y estructurales problemáticas sociales.

Siguiendo a (Pastor, Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2009):

“No es moralmente justificable la sola globalización da función penal, mientras que el verdadero aseguramiento de los derechos para todos, proclamados en la Carta de las Naciones Unidas sigue siendo, como se ha dicho, un conjunto de promesas incumplidas. La jurisdicción penal internacional sería un poder judicial exclusivo para subdesarrollados. Las

potencias hegemónicas, además de no contribuir al desarrollo equitativo de todas las personas, llevan adelante, por un lado, guerras o juzgamientos humanitarios y, por el otro, políticas económicas, comerciales y financieras que consolidan la desigualdad y promueven la miseria de la mayoría de la población mundial, pues solo así se pueden seguir asegurando la opulencia de los países ricos.”

Para la solución de los complejos problemas sociales se debe recurrir a gran cantidad de estrategias, dentro las cuales la punitiva debe ser la última. Si la comunidad internacional quiere ser legítima, tiene que desarrollar todas estas estrategias, no simplemente buscar chivos expiatorios mediante derecho penal. Además, el derecho penal internacional es una herramienta más de y para la neo-colonización de parte de los occidentales para con sus colonias; las potencias occidentales, abanderadas de ese proceso, nunca serán sujetas de dicho instrumento. (Parafraseado de (Pastor, Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2009))

El tribunal justifica este cambio en el principio de legalidad de esta manera: (Pág. 450-451, 464, 2012)

“... al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas...”.

Como lo podemos ver, hay en el derecho penal actual un importante, complejo y profundo debate que gira en torno al principio de legalidad, y que se ha venido

complejizando con la incursión del Derecho Penal Internacional y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, el caso de Plazas Vega es asimilado por la jurisprudencia nacional como una oportunidad para aplicar las disposiciones de los tratados internacionales firmados por Colombia en lo que a la materia de derechos humanos tiene que ver, y el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad.

La jurisprudencia nacional asimila a Plazas Vega como un representante de ese grupo de “malvados” contra el cual la morigeración de las garantías del derecho penal se debe aplicar, sin dejar lugar a dudas o intersticios por los cuales se les pueda colar. De esta manera, el crimen de desaparición forzosa que se le imputa tiene la característica de ser un “crimen de lesa humanidad” por lo cual las garantías del procesado Plazas Vega se ven claramente morigeradas.

En efecto, sin habláramos en términos del principio de legalidad clásico, del Estado Moderno, liberal y de derecho, no se le podría imputar este título ya que no cumple con el requisito de la taxatividad y la estricta legalidad, puesto que no está instituido clara y precisamente en una ley de la república (no lo estaba para el momento de su comisión); la corte ha subsanado este problema apelando a la figura del bloque de constitucionalidad y la característica de vinculatoriedad que se le dan a los tratados internacionales por vía del artículo 93 de la constitución política; lo cual va en detrimento de esos “sub-principios” o principios conexos del principio de legalidad. Por otro lado, se incumple con el requisito de ley previa, para poder proceder al juzgamiento, ya que dicho tipo penal aparece en Colombia hasta el código del 2000 en artículo 165; para subsanar este problema la corte ha recurrido también al bloque de constitucionalidad, diciendo que ya había normatividad previa, morigerando así la certeza, básica del principio de legalidad, puesto que los tratados

internacionales y sus enunciaciones son abstractas y no ciertas, taxativas y estrictas, presupuestos de la ley penal y del principio de legalidad. Diría Francesco Carrara:

“Si un juez declarase delito una acción no prohibida con anterioridad por la ley, o impusiera castigos no previstos por una ley, le faltaría al derecho penal la base de la defensa necesaria del derecho, como que en una sentencia y en una pena, impuestas por el juez de propia autoridad, los hombres no podrían encontrar la certeza de que a un hecho idéntico, cuando se repitiese en perjuicio suyo se aplicaría un rigor igual. El concepto de un delito sin previa ley repugna, no solo a la justicia, sino a la política” (Francesco, Programa de Derecho Criminal, 1859, reimpresión 1983)

Otra garantía básica del principio de legalidad que se le viola al coronel Plazas Vega es la de la prescriptibilidad de la acción penal y de las penas, por cuanto pasado el tiempo necesario desde el momento de la comisión, se le ha juzgado por dichos hechos (al igual que se podrían estar violando, también, principios como el de la cosa juzgada); el tribunal ha solucionado este problema aduciendo que el delito de desaparición forzada es de ejecución continuada y que los delitos catalogados como de lesa humanidad tienen la característica de no prescribir. Consideramos que la tesis del tribunal es inadecuada porque de esa manera se podría manipular cualquier conducta punible.

CONCLUSIONES

El Derecho Penal surge como un discurso que pretende controlar, sistematizar y contener el poder o la facultad punitiva del Estado. Precisamente, frente al Estado el individuo queda totalmente desprotegido, pues este obtiene, con la modernidad, un poder que ya Hobbes describiría con la analogía del “leviatán” una criatura mítica de la biblia, un monstruo con un poder inmenso, frente al cual cualquiera quedaría en condiciones de inferioridad, y frente al cual ningún individuo podría hacer nada para defenderse.

El Derecho Penal de raigambre liberal, entonces, ha venido creando desde hace 300 años, toda una serie de discursos, teorías, debates, principios, etc., que lo que pretenden es controlar, sistematizar y racionalizar el poder punitivo. Es claro que el Derecho Penal tiene en sus manos algunos de los Derechos y bienes más preciados por los ciudadanos, como el de la libertad, y todo lo que el conlleva.

El Derecho Penal de corte liberal cuenta entonces, con toda una serie de mecanismos para limitar y evaluar el poder punitivo del Estado, tales como el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de taxatividad, el de prescriptibilidad, etc. Este conjunto de mecanismos no está “de adorno”, sino que tiene finalidades precisas como la de salvaguardar las garantías, derechos y principios liberales de los ciudadanos, sin los cuales toda libertad sería conculcada, y pasaríamos al gobierno de la arbitrariedad; involucionaríamos desde el Estado Constitucional de Derecho, hacia el Estado de policía, y luego hacia el Estado Absolutista.

En este orden de ideas la teoría de Gunter Jakobs del “Derecho Penal de Enemigo” es demostrativa de lo que no debe ser considerado como Derecho Penal, de lo que no debe ser aceptado como Derecho Penal y de lo que rompe con todas las garantías y principios del

Derecho Penal liberal, y todo lo que ello conlleva. Esta teoría, entonces, es muy importante y nos puede servir como criterio de comparación y crítica, como criterio de continua evaluación del poder punitivo del Estado.

La introducción del Derecho Penal Internacional en un ordenamiento como el Colombiano, cuya Constitución consagra un Estado Constitucional de Derecho (Estado social y democrático de Derecho) podría degenerar en prácticas autoritarias e inquisitorias, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Personas como Plazas Vega han sido víctimas de este Derecho Penal Internacional, el ejemplo más puro, según Pastor, de Derecho Penal del enemigo. Quizás sería bueno que desde la comunidad jurídica repensáramos este problema, lo replanteáramos y lo analizáramos. Todos los ciudadanos tenemos Derechos fundamentales, y estos no pueden ser conculcados, y menos de la manera acrítica que se ha hecho con el Derecho penal Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Pág. 450-451, 464, 110010704003200800025 09. (Tribunal Supremo del Distrito judicial de Bogotá 30 de Enero de 2012).
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambos, K. (2001). *Temas del derecho penal internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aponte Cardona, A. (2011). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Fundación Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana.
- Bayly, C. (2004). *The Birth of the Modern World 1780-1914*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Bentham, J. (1965). *Escritos económicos*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura económica.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta S.A.
- Francesco, C. (1859, reimpresión 1983). *Programa de Derecho Criminal*. Pisa, reimpresión Bogotá: TEMIS.
- Francesco, C. (1859. Reimpresión 1983). *Programa de Derecho Criminal*. Pisa, Italia: TEMIS.
- García Vanegas, D., & Solano de Jinete, N. (2008). *La Corte Penal Internacional*. Bogotá: UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA.
- Huertas Díaz, O., & Torres Vasquez, H. (2010). *El Principio de Jurisdicción o Justicia Universal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Jaén Vallejo, M. (2008). *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Bogotá: Grupo editorial IBAÑEZ.

- (2008). En V. M. Jaen, *Crisis del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional* (págs. 55-56). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Jakobs. (2006). El Derecho Penal del Enemigo. En C. Meliá, & G.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Madrid: EDISOFER S. L.
- Jakobs, G. (2006). ¿Derecho Penal del enemigo? Un Estudio acerca de los presupuestos de la juricidad. En Cancio Meliá, & Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del Enemigo* (págs. 93-117). Madrid: EDISOFER S. L.
- Jakobs, G. (2006). ¿Terroristas como personas en Derecho? En C. Meliá, & G.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo* (págs. 77-93). Madrid: EDISOFER S. L.
- Mallarino, E. (2011). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos. En *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos* (pág. 61). Montevideo: Temis.
- Marquart, B. (2009). *Historia Universal del Estado. Tomo II*. Bogotá: La Carreta y Universidad Nacional Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Martínez, R. d. (2004). *El Principio de legalidad penal*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Mejía Azuero, J. C. (2013). *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Madrid: ANTHROPOS.
- Pastor Ridruejo, J. (2007). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: TECNOS.
- Pastor, D. (2006). El Derecho Penal del Enemigo en el Espejo del Poder Punitivo Internacional. En Cancio Meliá, & Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión* (págs. 475-522). Madrid: EDISOFER S. L.
- (2009). En D. Pastor, *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (págs. 179-181, 184, 200-201). Bogotá, Colombia: Pontificia universidad javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas; y Grupo Editorial Ibañez.
- Pastor, D. (2009). *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Pontificia universidad javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas; y Grupo Editorial Ibañez.

Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.

Silva, J.-M. (...). *¿Nullun Crime Sine Poena? Sobre las luchas penales de la "lucha contra la impunidad del "derecho de la víctima al castigo del autor". ...: ...*

Stuart Mill, J. (1991). *Sobre la libertad*. México: Gernika S.A.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: IBAÑEZ y Universidad Santo Tomás.