

Dicotomía entre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos en la sociedad del riesgo

Dichotomy between the enemy's criminal law and human rights in the risk society

Héctor Gabriel Vanegas Fernández ¹

Recibido: septiembre 2020 / **Aceptado:** diciembre 2020 / **Publicado:** diciembre 2020

Resumen:

El respeto irrestricto a los derechos humanos, inherentes a todos los ciudadanos, se ve gravemente comprometido producto de los devenires de la “sociedad del riesgo” y el surgimiento de un derecho penal del enemigo; ambos amenazan de forma grave los cimientos bajo los cuales se ha construido el Estado de Derecho y el derecho penal liberal. La exigencia desmedida de seguridad hacia sus gobernantes por parte de los ciudadanos, ha conllevado a que, con el fin de cumplir esta apetencia, se vulneren derechos y garantías fundamentales. La consecuencia de esta medida, es que se empiezan a poner en duda los postulados básicos del Estado de Derecho y se cuestiona la existencia de sistemas paralelos represores y punitivistas dentro de un mismo ordenamiento jurídico. En este sentido, el propósito de este trabajo investigativo será mediante un método exegético-jurídico, poner dentro del contexto de la discusión académica, como nuestro ordenamiento jurídico que se precia ser garantista y respetuoso de los derechos humanos, en realidad está invadido por postulados del derecho penal del enemigo, esto como consecuencia directa de la influencia de la sociedad del riesgo. Así se pondrá de relieve el estado ideal de la cuestión y como dentro de los resultados principales de nuestra investigación vemos que la construcción del derecho penal a comienzos del siglo 20 tuvo como postulado principal ser acorde a los tratados internacionales de derechos humanos, pero como, en virtud de las circunstancias ocurridas dentro del último siglo, no quedó más alternativa que ceder y actuar de forma contraria a los postulados iniciales. Por ende, en aras de ser respetuosos de los postulados fundamentales que estructuraron en un inicio el derecho penal, la conclusión de nuestro trabajo está direccionada a delimitar los mecanismos en que a pesar de las circunstancias descritas, se puedan respetar irrestrictamente los presupuestos básicos de un derecho penal cercano al respeto de los derechos humanos.

Palabras Clave: Derechos humanos, sociedad del riesgo, enemigo, miedo, derecho penal del enemigo, estado de derecho.

¹ Héctor Gabriel Vanegas Fernández, LL.M., Profesor de Teoría Penal-Universidad del Pacífico, Ecuador., Profesor de Derecho Procesal Penal-Universidad de Guayaquil, Ecuador.Candidato a Doctor (PHD) por la Universidad de Salamanca, España.
hvanegas@vanegasdefensores.com

Abstract:

Unrestricted respect for human rights, inherent to all citizens, is seriously compromised as a result of the developments of the “risk society” and the emergence of an enemy criminal law; both seriously threaten the foundations upon which the rule of law and liberal criminal law have been built. The excessive demand for security towards their rulers by citizens has led to the violation of fundamental rights and guarantees in order to fulfill this desire. The consequence of this measure is that the basic postulates of the Rule of Law are being questioned and the existence of parallel repressive and punitive systems within the same legal system is questioned. In this sense, the purpose of this investigative work will be through an exegetical-legal method, to put within the context of academic discussion, how our legal system, which prides itself on being a guarantor and respectful of human rights, is actually invaded by postulates of the criminal law of the enemy, this as a direct consequence of the influence of the risk society. This will highlight the ideal state of the question and how the construction of criminal law at the beginning of the 20th century had as its main postulate being in accordance with international human rights treaties, but as, by virtue of the circumstances that occurred within the last century There was no alternative but to give in and act contrary to the initial postulates. Therefore, in order to be respectful of the fundamental postulates that initially structured criminal law, the conclusion of our work is aimed at defining the mechanisms in which, despite the circumstances described, the basic assumptions of a criminal law close to respect for human rights.

Keywords: Human rights, risk society, enemy, fear, criminal law of the enemy, rule of law

Introducción

En la actualidad, todo Estado democrático -al menos los que se precian de serlo- se rige bajo una serie de parámetros y características comunes, que representan aquella figura conocida como “Estado de derecho”. En este sentido, podemos considerar ambos términos como sinónimos, porque no es aventurado decir que todo Estado democrático es un Estado de derecho y por ende, todo Estado de derecho es un Estado democrático. Esta realidad comprende que los Estados democráticos -de conformidad a los términos planteados- se rijan por un marco constitucional, que lleva inmerso una serie de derechos y garantías inherentes a todos los ciudadanos y ciudadanas, pero elevados a categoría de norma jurídica, siendo estos derechos materiales positivados y en consecuencia exigibles materialmente.

Hasta este punto, podríamos decir que todos los Estados que han incorporado dentro de sus ordenamientos jurídicos estas garantías fundamentales, son respetuosos de los derechos humanos y que por ende, todos los individuos que son parte del Estado, gozan del pleno ejercicio de estos derechos.

Sin embargo, este postulado dista de la realidad, y esto producto de múltiples factores. Desde mi punto de vista, uno de los principales limitantes al ejercicio pleno de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en el Estado de derecho moderno, es el surgimiento de la “Sociedad del Riesgo”, término acuñado por el profesor Ulrich Beck, para referirse a la era actual.

Y del mismo modo, la existencia de un derecho penal alternativo, al clásico y garantista, que ha sido denominado en la doctrina como “Derecho penal del enemigo”. Ante esta realidad, el objetivo primordial del presente trabajo, será el de exponer brevemente en qué consisten los principales postulados de derechos humanos que todos los Estados -sin excepción- deberían cumplir, y a su vez, lograr demostrar como el surgimiento de la sociedad del riesgo, ha hecho que sea imposible delimitar

un cumplimiento absoluto de este postulado.

El principal impedimento que hemos estudiado para que se respeten los derechos humanos fundamentales de todos los ciudadanos, es el “miedo”. La sociedad actual vive con miedo. La sensación de inseguridad ha logrado instalarse en nuestras vidas y corresponde un rasgo permanente en la cotidianidad, que de algún modo ha influido en el poder legislativo para la creación de normas jurídicas en base a exigencias ciudadanas, muchas veces desproporcionadas y carentes de sentido.

El surgimiento de la criminalidad organizada, el narcotráfico, los atentados terroristas, todo el dolor y la muerte, que son los temas preferidos por los medios de comunicación, se han implantado en nuestro inconsciente colectivo, y nos han hecho creer -quizá con razón- que este mundo ya no es un lugar seguro y que las desgracias podrían estar más cerca de lo que imaginamos.

Ante el miedo, surge la exigencia ciudadana hacia el Estado, para que implemente mecanismos que brinden mayor seguridad, siendo este el fin último, sin tomar en consideración las consecuencias de una política criminal desmedida y alejada de parámetros estadísticos y científicos.

De hecho, podemos referir que el principal obstáculo que encontraron los Estados de derecho, para dar cumplimiento a la exigencia ciudadana de seguridad o de paliativo ante la inseguridad, fue el de tener que cumplir con su obligación adquirida en la “Convención de los Derechos Humanos” de las Naciones Unidas, es decir, respetar los derechos humanos y garantías fundamentales de todos sus ciudadanos.

Como los Estados no han logrado actuar directamente en contra de los postulados internacionales sobre el respeto de los derechos humanos, no se ha encontrado más alternativa que la del surgimiento de un derecho paralelo, que deje de lado las garantías de quienes dejan de lado sus obligaciones normativas y por ende -según este postulado teórico- pierden también la condición de

persona, ya que no dan garantías cognitivas suficientes de respeto a la convivencia exigida por el Estado de derecho.

Por último, resulta meritorio recalcar que el presente trabajo no busca defender una postura - menos aún, una que resulte contraria a los derechos humanos, con los que suscribimos absolutamente- más bien, el objetivo del mismo es el de realizar una radiografía de una problemática actual, que existe y que se desarrolla ante nosotros, y que por ende, merece nuestra atención y estudio.

2. Derechos humanos: el comienzo

El objeto de esta sección será delimitar la construcción y reconocimiento de los derechos humanos a partir de los sucesos que tuvieron lugar durante las primeras décadas del siglo veinte y que sirvieron como cimientos de los que hoy entendemos como derechos inherentes a todos los seres humanos.

No me detendré entonces en exponer o cuestionar los matices sobre el respeto a los derechos humanos que podríamos encontrar en las ideas filosóficas de aquellos que han forjado el pensamiento del mundo occidental desde el inicio de los tiempos.

De esto modo, y para empezar la reflexión, considero que si queremos establecer un punto de partida para lo que hoy entendemos como “Derechos humanos”, debemos situarnos en los terroríficos episodios de violencia que tuvieron lugar durante la segunda guerra mundial (Peces-Barba Martínez, 1998).

En los mismos podemos encontrar que -producto de la guerra que se libró en casi toda Europa- se efectuaron millones de muertes y de crímenes de lesa humanidad, con la particularidad, que la

mayoría de estos, estaban respaldados o permitidos por el régimen Nacional-Socialista, en que se desarrollaban (Papacchini, 1998, pág. 161).

La situación era cuando menos, desoladora. La hambruna, la miseria, y la muerte, eran los signos característicos que rodeaban el continente Europeo y además alcanzaba a parte del continente Asiático.

Ante todas estas circunstancias, la comunidad internacional no podía quedarse de brazos cruzados, era tanta la urgencia de encontrar una solución a la problemática, que en el mes de abril del año 1945, en la ciudad de San Francisco, se llevó a cabo una reunión general que contó con la participación de delegados de cincuenta naciones (United for Human Rights, 2019).

El objetivo primordial de esta reunión, fue el de crear un organismo internacional que tenga como objetivos, promover la paz y evitar el surgimiento de guerras futuras.

Esta organización, es conocida en la actualidad como “Naciones Unidas” y en sus inicios, los ideales de la misma se estipularon en el Acta Constitutiva del organismo, misma que en la parte pertinente refería: *“Nosotros, la gente de las Naciones Unidas, estamos decididos a proteger a las generaciones venideras del azote de la guerra, la cual dos veces en nuestra vida ha producido un sufrimiento incalculable a la humanidad”* (United for Human Rights, 2019).

Esta acta de constitución entró en vigencia el día 24 de octubre de 1945, y este es el motivo por el que desde aquella fecha, hasta el presente, cada año se celebra el “Día de las Naciones Unidas”.

Con posterioridad a la creación del organismo, uno de sus principales y primeros logros, fue promover en el año 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, misma en la que los países miembros, se comprometieron a realizar un documento en el que consten escritos -es decir, determinando los derechos inherentes a los seres humanos, dentro del derecho positivo- treinta

artículos que representaron la primera manifestación de los derechos fundamentales, que por el hecho de serlos, y por el hecho de ser propios de la condición humana, debían de ser respetados por todas las naciones, sin excepción.

Con posterioridad a esta iniciativa, la mayoría de naciones del mundo, empezaron a adecuar sus legislaciones de conformidad a los postulados planteados, llegando al punto de que en la actualidad todo país que se precie de ser un Estado de Derecho, ha elevado en sus ordenamientos jurídicos la protección y el respeto de los derechos humanos a un rango constitucional.

Entonces, habiendo realizado este primer enfoque de carácter histórico, sería meritorio decir, que los derechos humanos representan, aquellos poderes amparados por una comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás y de los que se es titular por el simple hecho de ser un miembro de la especie del homo sapiens sapiens (Rabinovich-Berkman, 2013, pág. 32).

En este sentido, se puede considerar que todos los derechos inherentes o de los que son acreedores los ciudadanos y ciudadanas de una nación, son derechos humanos, y por ende deben de ser respetados, sin que existan excepciones o matices al respecto (Carbonell, 2013, págs. 24-29).

Claro, aunque la afirmación antedicha debería darse por sentada y debería ser una realidad práctica en los ordenamientos jurídicos del mundo, el objeto de este trabajo, será el de demostrar en forma sucinta, que lamentablemente y por diversos factores, esto no es una realidad tangible.

3. Origen del problema: la sociedad del riesgo

En el año 1986, el sociólogo alemán, Profesor de la Universidad de Munich, Ulrich Beck,

publica su primer libro “La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad”², y en el mismo brinda su concepción - realista y sincera- de la sociedad actual.

Desde el prefacio de su obra, el autor anticipa: El siglo veinte ha sido generoso en catástrofes - quizá más que cualquier otro siglo en la historia de la humanidad- hemos padecido dos guerras mundiales, los campamentos de Auschwitz, la bomba atómica, Chernóbil y sin embargo, hemos visto el sufrimiento de manera distante, hemos sido espectadores de todas las desgracias que ocurren sobre “los otros”, sin inmutarnos, pues parecía que el mal, era para ellos, que era lejano, que no iba a alcanzarnos (Beck, 2006, pág. 11).

El sufrimiento siempre para los “Otros”, los judíos, los negros, los refugiados, las mujeres. Que gran error, ya no podemos escudarnos, el riesgo -también- nos ha alcanzado.

Si en las etapas anteriores de la civilización los peligros del mundo atacaban solo a un estrato de la sociedad -por lo general el más pobre- en la actualidad la amenaza abarca a la totalidad de la humanidad (Bodero, 2010, pág. 319).

La lucha de clases, entre los que tienen poder económico, y los que no, ha pasado a un segundo plano, pues, la única lógica de reparto por la que la sociedad actual debe pelear, es la del reparto de riesgos. La lucha contra los peligros globales (Rivera, 2011, págs. 226-227).

Esto, producto de que la sociedad ha evolucionado aceleradamente. El siglo pasado y lo que va del presente, han traído mayores avances científicos y tecnológicos que todos los siglos anteriores de la humanidad, hemos sido testigos de hitos que van desde la emisión de televisión a color, hasta la existencia de inteligencia artificial, celulares, comunicación instantánea, universidades en línea (a las

² Publicada en alemán, cuyo título original es “*Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*”

que no precisas ir ni un solo día, puesto que todo el contenido es expedido online) (Jiménez Díaz, 2014, pág. 2), satélites, fecundación in vitro, manipulación genética. Estamos a un paso de viajar a otros planetas, de ir de un continente a otro en un par de horas, de robotizar la sociedad y todo esto pasa tan rápido que no nos damos cuenta.

Toda esta complejidad de fenómenos, entran dentro del aparataje que Beck, denominó “sociedad del riesgo”.

Esta sociedad está caracterizada por su complejidad, transnacionalidad, economía global y dinámica, interconexiones causales múltiples y la existencia de una alta intervención de colectivos (Jiménez Díaz, 2014, pág. 2).

Podríamos definirla, como una sociedad en que los avances científicos y tecnológicos - incontrolables y apresurados- de la mano de la globalización económica -que también surge producto de las nuevas tecnologías que conectan el mundo- han servido para dar lugar a la aparición de nuevos peligros, que amenazan la vida de la humanidad (Del Rosal Blasco, 2009).

La denominación de Beck, sintetiza magistralmente los peligros que amenazan a la sociedad: Explosiones atómicas, erosión del suelo, ensanchamiento de la capa de ozono, contaminación ambiental; todos estos creados por el hombre, todos estos capaces de extinguir la vida sobre la tierra, (Boderó, 2010, pág. 321) todos estos coadyuvando a que el ser humano de la actualidad viva con miedo.

Para clarificar la delimitación conceptual de la sociedad del riesgo, me parece pertinente recoger sus características básicas, mismas que la Profesora, Blanca Mendoza Buergo denomina “aspectos definitorios de la sociedad del riesgo” (Mendoza Buergo, 2001, pág. 25 y ss.), y que se dividen en tres:

Hector Vanegas Fernández

- Cambio en el potencial de los peligros de la actualidad.- En la antigüedad los peligros que amenazaban al mundo estaban relacionados con fenómenos de la naturaleza- terremotos, huracanes, avalanchas- o con plagas para las que no se encontraba cura. Hoy en cambio, los peligros que nos invaden son de carácter artificial y han sido creados por nosotros mismos, por la actividad del ser humano, y basados en un ejercicio de libertad. El ser humano ha decidido crear conscientemente los peligros como consecuencia de sus nuevos inventos, y ha estado conforme con aquello.

Estos nuevos riesgos, tienen dimensiones superiores a los de la antigüedad, puesto que amenazan a un grupo indeterminado e inmenso de personas- que no ha tenido que ver en la toma de decisiones para la creación de los nuevos riesgos- y que incluso podrían tener como consecuencia la desaparición de la especie.

Podríamos decir que el riesgo de una destrucción colectiva, es un daño colateral del progreso tecnológico, un daño que no ha sido necesariamente previsto o deseado, pero que podría tener consecuencias lesivas mismas sobre las que debemos empezar a interrogarnos ¿A quién vamos a imputar?

- Complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad.- El descontrol da como resultado, que a pesar de existir un daño lesivo, y de existir un presunto causante del mismo, no sea posible imputar con certeza la responsabilidad. Esto producto de la multiplicidad de relaciones causales que dificultan determinar con claridad un responsable concreto.

- Sensación de inseguridad subjetiva.- La existencia de una sociedad del riesgo, y la generación de nuevos peligros que bien podrían tener un resultado lesivo próximo, o que bien podrían no tenerlo nunca-recordemos que las consecuencias de la existencia de riesgos, se basan en probabilidades y no en certezas-ha dado como resultado una sociedad que vive bajo la esfera del miedo. Vivir con miedo impulsa a la ciudadanía a exigir al Estado mayor protección, mayores garantías de previsión que eviten un presunto riesgo (que es probable que no exista), y por ende mayor rigidez y dureza en las medidas de seguridad. La respuesta se ha dado a través del derecho penal, mismo que ha devenido en una expansión incontrolada, vinculada estrictamente como presunta alternativa de defensa de la sociedad contemporánea ante los devenires ocasionados por la sociedad post-industrial.

Todo el análisis descriptivo realizado, tiene por finalidad demostrar como los devenires de la modernidad, han influenciado a los diversos Estados, de tal modo que les resulte, cuando menos complejo, cumplir de manera estricta los postulados elementales planteados por los derechos humanos, sobre todo, porque el miedo se ha convertido en un factor predominante en las sociedades actuales y el mismo, sumado a la sensación -muchas veces falsa- de inseguridad, ha instado a los gobiernos a ejercer medidas que podrían significar un placebo para la sociedad, ya que al menos, se estaría dando la impresión de que se combate las problemáticas, cuando al mismo tiempo, se están vulnerando derechos fundamentales.

4. **‘Creación del enemigo y restricción de garantías.**

Paralelamente a Beck, en el año 1985, el profesor, GÜNTHER JAKOBS, durante una jornada de penalistas alemanes, celebrada en Fráncfort del Meno, introdujo el polémico concepto del “Derecho Penal del enemigo” para referirse al modo en que diversos ordenamientos jurídicos estaban criminalizando conductas antes de que estas ocasionen un daño lesivo de resultado (Polaino-Orts, 2009, pág. 54).

En concreto, el modo en que se estaba adelantando la barrera de punibilidad de los delitos, producto del miedo a que los mismos atenten contra un bien jurídico protegido en el futuro.

La primera exposición de JAKOBS, referente a esta problemática, fue profundamente criticada, sin embargo, el profesor alemán logró excusarse diciendo “Yo solo he venido a dar las malas noticias”, no se trató de abogar por la existencia de un derecho penal paralelo al derecho penal liberal y garantista, por el contrario, se trató de poner sobre la palestra académica una circunstancia que estaba ocurriendo dentro de los ordenamientos jurídicos de occidente, y que iba a cambiar la estructura del derecho penal para siempre (Polaino-Orts, 2009).

Si bien es cierto, el concepto de enemigo data desde la época antigua, nunca se le había dado la connotación de la época actual.

Si queremos encontrar el origen del término, podemos empezar repasando lo dicho por ROSSEAU, en su Contrato Social, obra en la que se refiere al “enemigo”, como:

“Aquel malhechor, que cuando ataca el derecho de la sociedad, se convierte por sus crímenes en rebelde y traidor de la patria; entonces él cesa de ser miembro de ella, pues viola sus leyes, e incluso le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado, es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos

como ciudadano que como enemigo. Los procesos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y en consecuencia, ya no es miembro del estado” (Pérez del Valle, 2001, págs. 596-597)

Como vemos, ya desde la época previa a la Revolución Francesa y a la creación del Estado de Derecho, se consideraba que los ciudadanos que trasgredían el ordenamiento jurídico, no debían de ser considerados como tal, y por ende, eran enemigos del Estado de Derecho.

En la época actual y como hemos definido, este concepto se ha popularizado por Günther Jakobs y su definición en cuanto difiere respecto a la profundidad dogmática, no dista mucho de lo dicho anteriormente por ROSSEAU.

El profesor JAKOBS entiende que para los ordenamientos jurídicos contemporáneos existen ciudadanos, representados por las personas que ostentan un rol social y que cumplen con el mismo. Es decir, son respetuosos de las normas jurídicas y no provocan daños lesivos.

Sin embargo, cuando estos mismos ciudadanos-personas, resuelven trasgredir sin reparo el rol que la sociedad les ha asignado, y empiezan a ocasionar daños lesivos producto de su conducta de irrespeto, entonces ya no pueden ser considerados personas y empiezan a ser vistos como enemigos-no personas (Alcócer Povis, 2009, pág. 38).

Esto significa que los derechos y garantías que les eran inherentes por el simple hecho de ser seres humanos, se empiezan a restringir al momento en que dejan de ser ciudadanos para convertirse en enemigos.

Esta dicotomía que opera -nos guste o no- en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, es el principal paradigma del planteamiento de JAKOBS, pues se sostiene que coexisten dentro de un

Estado ordenamientos jurídicos diversos, uno ordinario y para el común de las personas, y otro punitivo, diferente, excepcional y autónomo (Gracia Martín, 2005, pág. 177).

La radiografía que producen ambas vertientes, da como resultado que se desprenda un derecho penal del enemigo, que será aplicado para todos aquellos que presenten conductas desviadas, contrarias al ordenamiento jurídico, y que representen una alerta social, en otras palabras, un derecho que opere para todos aquellos que no pueden ser considerados personas (Marín Fraga, 2005).

Hay que ser prudentes al analizar este postulado, ya que no todo ciudadano que trasgreda una norma, y por ende, que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, debe ser considerado en forma inmediata como “enemigo”.

Más bien, el ciudadano que irrespeta con su conducta un postulado jurídico, pero que a su vez da garantías de que a pesar de su castigo-pena o sanción-se seguirá comportando como un ciudadano, debe ser tomado en cuenta como un simple ciudadano que violó la ley.

En su defecto, aquel que a pesar de ser sometido a las normas de un ordenamiento jurídico, no de muestras de que quiere ser obediente de las reglas del Estado de Derecho, y las continúe trasgrediendo, sin mostrar arrepentimiento y siendo un peligro inminente para la vida en sociedad, será sometido a este derecho paralelo, propio de los enemigos (Alcócer Povis, 2009, pág. 56).

El episodio histórico del presente siglo, que puso en mayor relieve la existencia del derecho penal del enemigo, fue el atentado a las torres gemelas, que tuvo lugar en los Estados Unidos el 11 de septiembre del año 2001.

Sobre todo, porque denotó la paranoia por la seguridad emprendida por esta potencia mundial, misma que restringió derechos fundamentales a seres humanos por el simple hecho de ostentar determinada nacionalidad, o por profesar la religión musulmana (Polaino-Orts, 2009, págs. 61-62).

Hector Vanegas Fernández

Con tal de determinar quién había producido el terrible atentado, se aplicaron procedimientos de tortura en los interrogatorios, y otras prácticas que deberían ser impensables en un Estado de Derecho. Esta es solo una muestra de cómo, producto del miedo como motor fundamental de la vida en sociedad, puesto de relieve por los devenires de la sociedad del riesgo, han culminado en la existencia de un derecho diferente, aplicable a todos aquellos a quienes el Estado considere “Enemigos”.

La existencia de un derecho paralelo, aplicado únicamente para un determinado grupo de individuos, trasgrede en forma flagrante los postulados convenidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin embargo, parece inevitable su aplicación práctica, puesto que la exigencia ciudadana obliga a los Estados a tomar medidas extremas a favor de la seguridad de sus poblaciones, aun cuando esto signifique no respetar los derechos fundamentales de aquellos que no han respetado las obligaciones elementales de la vida en sociedad.

Ante esta bipolaridad padecida por el derecho penal, tratadistas como el Dr. Jesús Silva Sánchez, han resuelto ser críticos ante la ambigüedad de la distinción entre “personas” y “no personas” del Profesor JAKOBS, así, el catedrático de la Universitat Pompeu Fabra, define al enemigo, como *“Aquel ser humano al que, en la medida que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)”* (Silva Sanchez, 2011).

Por eso, y atendiendo la realidad de la sociedad actual, el profesor Silva propone un derecho penal de velocidades, dentro del cual, en una primera velocidad se respeten las garantías tradicionales e inherentes a todos los ciudadanos, mientras que en una tercera velocidad se acepte la existencia de un derecho penal del enemigo restrictivo de garantías fundamentales, que, como hemos explicado, debería ser aplicado para aquellos que representen un grado de peligrosidad supremo a la sociedad y que no

quieran enmarcar su conducta en los parámetros establecidos dentro el Estado de Derecho, dentro de este grupo, podríamos encajar a los terroristas y narcotraficantes (Silva Sanchez, 2011).

5. Ambivalencia entre el respeto a los derechos humanos, y el trato al enemigo en el estado de derecho.

Los presupuestos básicos que delimitan la existencia de un Estado de Derecho, son desde la teoría clásica de Montesquieu, la existencia de un sistema jerárquico normativo, la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, la separación de poderes, y el respeto a las garantías fundamentales de los derechos humanos (SOLOZABAL ECHAVARRIA, 1981).

En este sentido, a breves rasgos podemos sostener que lo que configura un Estado de Derecho como tal, es la vigencia de la libertad individual a través del reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales (Moscato de Santamaria, 2000)

Desde este parámetro cabe plantearnos la pregunta ¿Cómo se adapta la figura del derecho penal del enemigo dentro de un Estado de Derecho?

Un Estado, en el que debe existir un equilibrio entre la exigencia ciudadana respecto a la represión de la delincuencia y los derechos y garantías de los denominados “enemigos” (Rodriguez Moreno, 2012).

Solo pensar que un grupo de ciudadanos no están sujetos a las mismas reglas o garantías generales, ya nos haría concluir que la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, no están respetando aquellos derechos fundamentales que se comprometieron a respetar.

Si acordamos que existe un derecho penal restrictivo de garantías, aplicado a ciudadanos de

“segunda categoría”, entonces estamos atentando contra los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, conceptos que tienen una estrecha vinculación implícita (García García-Cervigón, 2015, pág. 31).

Lamentablemente, la realidad de la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, mantienen de forma implícita esta bipolaridad del derecho penal, llegando a extremos de ir en contra a su propia normativa constitucional.

Este ejercicio de discriminación negativa representa un perjuicio para los denominados enemigos en base a lo que los hace diferentes al resto de ciudadanos (García García-Cervigón, 2015, pág. 45).

Dicho de este modo, podría resultar cuando menos injusto considerar que se impone ciertas medidas de política criminal a ciertos individuos únicamente por una condición personal y la verdad esto dista de la realidad, pues, tal como hemos expuesto, la exclusión se realiza en base a los actos de una determinada persona que resuelve alejarse de la correcta convivencia y de los parámetros establecidos por su ordenamiento jurídico para convivir en sociedad.

Aun cuando el derecho penal del enemigo es una realidad, no podemos dejar de ser críticos contra su existencia, sobre todo, porque parte de premisas erróneas, y contrarias a los fundamentos del derecho penal.

El primer error en el que incurre esta teoría es considerar a la “persona” o “no persona”, en razón de sus actuaciones dentro de un plano jurídico-normativo, dejando de lado la caracterización ontológica y óptica del ser. Es decir, un ser humano se constituye como tal por su condición intrínseca y propia, mientras que las ciencias jurídicas cumplen un rol de determinación, para que el mismo, en el ejercicio de su propia libertad pueda ser libre para tomar las decisiones que guíe su psiquis (Bedoya

Perales, 2016, págs. 118-119).

Una vez que el ordenamiento jurídico existe, el ser decide si adecuar sus conductas a los parámetros establecidos, o si en su defecto, los vulnera. En ambos casos, la obligación de un Estado y de su sistema normativo, es la de aplicar las leyes del mismo modo y sin discriminación alguna, teniendo como fin, lograr el ideal deontológico de justicia.

El derecho, puede aplicar a un ser humano caracterizaciones jurídicas como “Inocente”, “Condenado”, “Procesado”, pero en ninguno de esos casos puede excluirse al ser de su condición de persona, ya que-como he establecido-la misma responde a una dimensión ontológica y no jurídica (Bedoya Perales, 2016).

Atendiendo todas estas consideraciones, la labor que queda a los Estados, es la de crear mecanismos que operen como paliativos a las consecuencias drásticas de la sociedad del riesgo, pero que, del mismo modo, los mismos no interfieran contra los principios de la dignidad humana, y la normativa internacional de derechos humanos.

6. Conclusión

Desde una óptica del derecho positivo, sigue siendo un imperativo de los Estados de derecho, el respeto irrestricto de los derechos humanos. Sin embargo y a pesar de que consta como un mandato constitucional, los mismos son vulnerados en aquellas circunstancias en que está en discusión la seguridad del estado y el respeto a los derechos del denominado enemigo.

El surgimiento de la sociedad del riesgo, ha comprometido a quienes gobiernan los Estados a que, a fin de cumplir la expectativa ciudadana de seguridad, se tomen medidas que atenten contra los

Hector Vanegas Fernández

derechos humanos. Estas medidas no han dado resultado, y únicamente podrían servir para demostrar que han existido violaciones de derechos, ante organismos internacionales. Es decir, al final, el Estado en su ansía de perseguir los delitos o a determinados individuos a pesar de las consecuencias, podría ver nublada su intención de obtener el ideal de justicia, y no tendría más alternativa que dejar estos hechos en la impunidad, acrecentando la sensación de inseguridad en sus ciudadanos, y no dando una solución plausible a la problemática.

No resulta posible justificar la existencia de un ordenamiento paralelo, o de un derecho penal de tercera velocidad dentro de un Estado de derecho, por ende, a pesar de que no se puede negar la existencia del mismo, se debe tratar de combatirlo; este será el único modo en que el ideal de justicia logre verse consumado. Cuando se pueda sancionar el cometimiento de un acto ilícito, y la vulneración de un bien jurídico protegido, en el marco del respeto al debido proceso y los derechos fundamentales.

Los organismos internacionales, como las Naciones Unidas, no deben de limitar su accionar a instar a los Estados a suscribir tratados de respeto de los derechos humanos a sus ciudadanos, sino que además de esto, se deben de crear mecanismos que permitan observar el cumplimiento de estos derechos. Evitando que existan preferencias en cuanto al juzgamiento de ciertos delitos, o de ciertas personas “Enemigos”, promulgando el respecto a la igualdad material ante la ley.

La única forma de que el ideal de justicia -fin último de la aplicación del derecho- sea ejecutado en todas sus vertientes, es mediante procesos justos y transparentes, que se apliquen dentro del marco legal existente en cada Estado, y que permitan a todos los ciudadanos ejercer sus derechos fundamentales, y aun cuando los mismos sean aplicados, se pueda sancionar los hechos dependiendo de la gravedad de cada caso, y siempre y cuando, tanto la conducta, como la pena, estén previamente determinadas dentro del ordenamiento jurídico. El hecho de respetar los derechos humanos, no

significa que se debe dejar los hechos delictivos en la impunidad, por el contrario, representa que se deben castigar respetando los parámetros de un Estado garantista.

Referencias

Alcócer Povis, E. (2009). *La inclusión del enemigo en el derecho penal*. Lima: Reforma.

Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós .

Bedoya Perales, P. (2016). *La vulneración de la persona y el principio de culpabilidad en la teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs*. Lima: Deposito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú

Bodero, E. R. (2010). *Teoría de la delincuencia económica (El neoliberalismo como factor criminógeno)*. Guayaquil: Ateneo Jurídico.

Carbonell, M. (2013). *Derechos humanos en la Constitución mexicana*. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, J. L. Caballero Ochoa, & C. Steiner, *Derechos humanos en la constitución* (págs. 19-47). México: Konrad Adenauer Stiftung.

Del Rosal Blasco, B. (2009). *La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el derecho penal*. En J. C. Carbonell Mateu, J. L. Gonzalez Cussac, E. Orts Berenguer, & M. L. Cuerda Arnau, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (págs. 473-497). Valencia: Tirant Lo blanch.

- García García-Cervigón, J. (2015). Política Criminal y Derechos Humanos. Especial Referencia a Igualdad y No Discriminación. En J. García García-Cervigón, & A. Rodríguez Nuñez, *Política Criminal y Derechos Humanos* (págs. 31-59). Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- Gracia Martín, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal . *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 08:1-08-25.
- Marín Fraga, F. (2005). Derecho Penal del enemigo. *La Ley*, 1 y ss.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo* . Madrid: Civitas.
- Moscato de Santamaria, C. (2000). *El agente encubierto en el estado de derecho* . Madrid: La Ley.
- Papacchini, A. (1998). Los derechos humanos a través de la historia. *Revista Colombiana de Psicología*, 138-200.
- Peces-Barba Martínez, G. (1998). Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. En G. Peces-Barba Martínez, & E. Fernández García, *Historia de los derechos fundamentales* (págs. 13-265). Madrid: Dykinson.
- Pérez del Valle, C. (2001). *Sobre los orígenes del Derecho Penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rosseau*. Barcelona: Cuadernos de política criminal.
- Polaino-Orts, M. (2009). *Derecho Penal del Enemigo*. Barcelona: Bosch.

Rabinovich-Berkman, R. (2013). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Rivera, I. (2011). *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos.

Rodriguez Moreno, F. (2012). *El agente infiltrado en el estado de derecho y de (in) seguridad*. Quito: Cevallos.

Silva Sanchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Bdef.

Solozabal Echavarría, J. J. (1981). *SOBRE EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES*. *Revista de estudios políticos (Nueva era)*, 215-234.

United for Human Rights. (16 de Mayo de 2019). *Unidos por los Derechos Humanos*. Obtenido de United for Human Rights: <https://www.unidosporlosderechoshumanos.mx/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html>