



EL MAYOR GRADO DE ATACABILIDAD DE BIENES JURÍDICOS EN CONTRAPOSICIÓN DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGO

RICARDO GAVIRIA RAMÍREZ*

EDGAR SAAVEDRA ROJAS & MAURICIO PAVA LUGO ABOGADOS

Recibido 20 de febrero y aprobado 27 de abril de 2007

RESUMEN

Luego de abordar descriptivamente las concepciones del Derecho Penal de Ciudadano y de Enemigo formuladas por Günther Jakobs, explico cómo la adopción de un modelo de Derecho Penal de Enemigo impide la concreción de uno de los principales fundamentos del Derecho Penal de Ciudadano y lo descarta por insuficiencia intra-sistemática. Seguidamente, ya desde un plano propositivo, establezco que los casos abordados por el Derecho Penal de Enemigo en realidad se circunscriben a un mayor grado de atacabilidad soportando por ciertos bienes jurídicos, por lo que concluye que esos hechos deben ser tratados bajo los lineamientos del Derecho Penal de Ciudadano y, a favor de ello, expone la necesidad de una expansión del mismo, consistente en la intensificación efectiva de las conminaciones penales, con un correlativo mayor respeto a los límites del ius puniendi.

PALABRAS CLAVE

Identidad normativa, enemigo, derecho penal de ciudadano, derecho penal de enemigo, grado de atacabilidad.

A GREATER DEGREE OF ATTACKABILITY OF LEGALLY PROTECTED INTERESTS IN A COUNTERPOSITION TO THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

ABSTRACT

After descriptively approaching the conceptions of the Criminal Law of the Citizen and the Enemy and formulated by Günther Jakobs, the author explains how the adoption of a model of Criminal Law of the Enemy prevents the concretion of

* E - mail: ricardo.gaviria@etb.net.co

one of the main foundations of the Criminal Law of the Citizen and discards it due to intra-systematic insufficiency. Next, from a propositional point, the author establishes that the cases treated by the Criminal Law of the Enemy, in fact are confined to what he denominates a *greater degree of attackability* undertaken by certain legally protected interests, reason why the author concludes that those facts must be treated under the parameters of the Criminal Law of the Citizen and, in its favor, exposes the necessity of its expansion. Said expansion consists in the effective intensification of the criminal threats, with a greater correlative regarding the limits of the *ius puniendi*.

KEY WORDS

Normative identity, enemy, criminal law of the citizen, criminal law of the enemy, degree of attackability.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comenzaremos aludiendo a uno de los más grandes juristas de los últimos tiempos: Hans Kelsen. Como uno de los postulados que aseguran la pureza de su Teoría del Derecho¹, Kelsen sostuvo la necesidad de separar la ciencia del Derecho y la política (KELSEN, 1998). En ese sentido, fue un verdadero crítico de los estudiosos que renuncian al ideal de un *“conocimiento objetivo y libre de tendencias políticas”*. Según KELSEN, dichos *“seudo-científicos”*, una vez *“fracasa la crítica inmanente o ni siquiera es intentada”* o, incluso, cuando no pueden *“negar la unidad lógica de los razonamientos”* y no pueden *“descubrir error alguno en sus presupuestos (a menos que se los malinterprete groseramente o se los sustituya por otros que le son esencialmente extraños)”*, optan por otorgarle algún tipo de calificativo, esencialmente político, *“para conducirlos ante el foro de los irreflexivos”* (Ibid.: 30). Con arreglo a tan importantes voces, en esta oportunidad abordaremos uno de los temas más discutidos y controvertidos del profesor Günther Jakobs.

La teoría del Derecho Penal del Enemigo, más que cualquier otra teoría del profesor alemán, ha encontrado gran cantidad de contradictores. Sin embargo, hemos de advertir que muchas de las voces que se han erigido en contra de dicho pensamiento han sido desleales con un constructor dogmático de inigualables cualidades. En efecto, al estudiar tales críticas, se puede constatar que ellas sólo se limitan a descalificar tal concepción a partir de razonamientos políticos. Así las cosas, en el presente estudio intentaremos dejar de lado las connotaciones

¹ Básicamente esos postulados eran los siguientes: i) la delimitación del método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho y ii) la separación de la ciencia del derecho de la política.

políticas de la concepción del Derecho Penal del Enemigo y nos aproximarnos a un descarte intra-sistemático de ella. En otras palabras, a partir de un análisis estructural demostraremos la incoherencia que la concepción de un Derecho Penal del Enemigo podría generar dentro del mismo sistema funcionalista de Günther Jakobs. Contraponemos, naturalmente, nuestra propia posición.

El desarrollo de dicha problemática se abordará de la siguiente manera: i) nos acercaremos lo más claramente posible a una conceptualización de las teorías del Derecho Penal de Ciudadano y de Enemigo, ii) estudiaremos el papel que, según la teoría funcional-normativista, desempeña el Derecho dentro de la sociedad a efectos de acreditar como la existencia simultánea de un Derecho Penal de Enemigos y de Ciudadanos engendra una contradicción que cuarteja los propios cimientos del sistema funcional-normativista, y iii) estableceremos la necesidad de una expansión del Derecho Penal de Ciudadano que permita cobijar con todas sus garantías a los autores de delitos de especial impacto para el sistema social.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DE CIUDADANO Y DE ENEMIGO DERECHO PENAL DE CIUDADANO

Desde la perspectiva del Funcionalismo Jurídico-penal, la función que principalmente se otorga al Derecho Penal es la de garantizar la forma en la que está constituida la sociedad. Pero, ¿Cómo está constituida la sociedad? Pues bien, con arreglo a una concepción sistémica, ella está constituida por normas que básicamente se pueden clasificar en dos clases. Las primeras “*viene(n) dada(s) por el mundo racional*” (JAKOBS, 1998: 17) o, si se quiere, por el mundo de las ciencias naturales y, por tanto, tienen la cualidad de mantenerse inalterables por sí solas. Tienen la fuerza suficiente de auto-estabilizarse, pues el no acatamiento de ellas hará incurso, a quien las desatiende, en una pena natural o en un curso causal lesivo. Dicho con un ejemplo empleado por Eduardo Montealegre Lynett:

Si alguien que durante años ha construido su casa de madera a una determinada distancia de una fuente de agua, sobre la base de que, aún en caso de que el río se desborde, el torrente no alcanzará la construcción, observa que debido a los cambios atmosféricos la corriente amenaza continuamente la vivienda y termina por arrasarla, cual debe ser su comportamiento: ¿Vuelve a construir la casa en el mismo lugar, o cambia de sitio calculando que el agua no lo alcanzará en caso de desbordamiento? (MONTEALLEGRE, 2003: 25).

Evidentemente optará por construir su casa en otro lugar. De no hacerlo, se verá inmerso, de nuevo, en un curso causal lesivo. De esta manera dicha persona se habrá generado una expectativa cognitiva, porque conoce efectivamente que si construye en el mismo sitio, con toda seguridad, el río arrasará de nuevo su casa. En estos casos, “*la persona no puede mantener la expectativa y el conflicto se resolverá cambiando su propia conducta*” (Ibid.: 25).

La segunda clase de normas, por contra a las primeras, carecen por completo de la cualidad de mantenerse contrafácticamente, pues son aquellas creadas por la sociedad para reducir complejidad en los contactos sociales. Son las normas que se han establecido abstractamente para regular los comportamientos de las personas dentro de una sociedad. De manera tal que alguien pueda esperar un comportamiento de otro, y ese otro pueda esperar determinados comportamientos de ese alguien, cuestión que solamente se logra con la creación de dichas normas. Un ejemplo: Las personas desempeñan sus labores dentro de una sociedad porque saben o pueden esperar que un semejante no les va a quitar la vida. Ello en virtud a que existe una norma que prohíbe cometer homicidio. Es decir, que, a partir de esa pauta de comportamiento, los individuos se generan una expectativa: La de no ser violentados mientras interactúan dentro de una sociedad. No obstante, dichas expectativas no pueden ser de carácter cognitivo, pues no “*forman una base de comportamiento obligado para todo aquél que le resultan accesibles*” (JAKOBS, 1998: 18), ya que sobre ellas “*cabe disponer subjetivamente*” (Ibid.: 18). En tal sentido, la expectativa que se genera a partir de tales normas reductoras de complejidad, es una expectativa meramente normativa. Para aclarar más la cuestión, acudamos a un ejemplo del mismo Jakobs: *Nadie puede pretender que va a empezar la construcción de una vivienda desde el segundo piso, pero, desde luego, se puede desear la realización de dicha construcción en un lugar prohibido por el Derecho urbanístico* (Ibid.: 19), vr. gr. un edificio en cercanías del aeropuerto El Dorado.

Ab initio, la sociedad está constituida por normas, unas de carácter cognitivo que poseen la cualidad de autoestabilizarse por sí mismas, y otras de carácter normativo que no cuentan con dicha cualidad. En tal virtud, la tarea del Derecho es la de garantizar la identidad normativa de la sociedad y dicha garantía se logra de otra forma: A través de una sanción. En otras palabras, la forma de mantener la composición social es mediante la contradicción de los comportamientos de las personas que, a su vez, contradicen la norma que asegura la identidad social. Y con tal contradicción, el Derecho Penal logra confirmar esa misma identidad social.

La persona que comete homicidio en un semejante está contradiciendo la norma que lo prohíbe y, en esa medida, está atentando contra la expectativa que esa prohibición genera en la sociedad: la de no ser asesinado. Es allí, cuando el Derecho Penal, en cumplimiento de su función, impone una pena para contradecir dicha

pauta de comportamiento erróneo y confirmar la vigencia de la norma prohibitiva que configura la identidad social. Tal es la razón que permite predicar que la pena, en cuanto constituye el mantenimiento mismo de la identidad social, es un fin en sí misma.

Ahora bien, una vez establecida la configuración normativa de la sociedad y la prestación que el Derecho, y específicamente el Derecho Penal, cumple en los casos más graves de perturbación de expectativas normativas, adentrémonos en el concepto de persona, es decir, establezcamos a quién va dirigida la acción que realiza el Derecho con miras a garantizar la configuración normativa de la sociedad.

Según el Funcionalismo Normativista, la prestación que el Derecho cumple dentro de la sociedad no se dirige a individuos humanos considerados como *“animales inteligentes”* (JAKOBS, 1999 y 2005), esto es, quienes se comportan de acuerdo a un código de satisfacción e insatisfacción y que, frente a una determinada situación, se ven en la obligación de hacer algo para maximizar su satisfacción o minimizar su insatisfacción. Ilustradamente, *“ni la tormenta crea la obligación de abrir el paraguas, ni -en uno de los casos más famosos de la filosofía social- la pistola del ladrón la obligación de entregar cosas de valor”* (JAKOBS, 1999: 8). La prestación del Derecho recae, más bien, sobre sujetos vinculados por deberes y derechos, vale decir, sobre personas y no sobre individuos.

Que ello sea así, no es producto del azar o del simple capricho. Tal postura tiene un importante fundamento: Como ya se vio, frente a las normas cognitivas el individuo debe optar por cambiar su comportamiento. Dichas reglas, al ser invariables y al afirmarse por sí mismas, le coaccionan a obrar de acuerdo al esquema satisfacción - insatisfacción. Las expectativas normativas, por el contrario, no le obligan sino que le vinculan a realizar o no determinados comportamientos. Le imponen un deber que es social en la medida en que esas normas son de creación social. Así pues, *“el derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos, es decir, las expectativas normativas no están dirigidas a individuos sino a destinos constituidos comunicativamente que se denominan como personas”* (Ibid.: 16).

Y sea de agregar la siguiente aclaración dada por el mismo Jakobs:

La persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Los detalles de ese punto de destino que está construido con derechos y deberes difieren de modo considerable dependiendo del contexto. ‘Persona’ es un concepto relativo; dicho con un ejemplo, un niño pequeño es jurídico-civilmente persona en la medida en la

que puede ser propietario, pero no puede emitir declaraciones de voluntad por sí mismo, al carecer de capacidad de contratar, y tampoco puede actuar de modo jurídico-penalmente relevante a falta de capacidad de culpabilidad. Por consiguiente no todo ser humano es persona jurídico-penal.

Es claro, entonces, que persona no es más que una institución o caracterización jurídica que se le otorga a los seres humanos para asignarles o hacerles portadores de derechos y deberes. En sentido jurídico-penal, solamente podrá ser persona quien tenga la suficiente capacidad o competencia para que se le tome en serio y, en esa medida, pueda expresar y realizar una verdadera vulneración de la expectativa normativa. El infante que, en uno de sus juegos, termina causándole la muerte a otro, no puede ser considerado como persona jurídico-penalmente activa, por cuanto carece de capacidad de vulnerar seriamente la expectativa normativa de que no se debe delinquir. Si se quiere, esa acción, al ser realizada por alguien a quien la sociedad no le otorga suficiente status como para que sus comportamientos comprometan seriamente la configuración normativa de la sociedad, no expresa ni comporta, de forma vinculante, una vulneración de la expectativa social. En tal medida se predica que la acción jurídico-penal siempre deberá ser una acción culpable (JAKOBS, 2003).

A esta altura podemos ya intentar un esbozo del concepto de Derecho Penal de Ciudadano, como aquel que ratifica o garantiza la identidad normativa de la sociedad mediante la imposición de una pena a quienes son portadores de derechos y deberes, es decir a personas, que en tal virtud -siendo competentes, vale decir, capaces de culpabilidad-, con su comportamiento, *“enjuicia(n) de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente el Derecho”*.

DERECHO PENAL DE ENEMIGO

En términos generales, para comprender la concepción del Derecho Penal de Enemigo, es necesario asimilar claramente la siguiente afirmación: Si se parte de la base de que persona, en cuanto creación social, es un contexto normativo y, adicionalmente, afirmamos que ningún contexto normativo es tal por sí mismo, sino que debe determinar, a grandes rasgos, la sociedad para poder ser real, es claro que la persona que no realiza su prestación a la sociedad no puede seguir siendo considerado una persona jurídico-penal.

A efectos de clarificar tal cuestión, es necesario retomar la concepción de expectativas cognitivas y normativas para hacerle el siguiente agregado: Si se pretende que una norma pueda generar una verdadera expectativa normativa y determinar la configuración de la sociedad, entonces *“la conducta conforme a la norma debe ser esperable en lo fundamental”* (JAKOBS y CANCIO, 2003: 36).

Las personas deben poder confiar en que los demás van a cumplir con la norma. Si no es así, la expectativa no se podrá hacer efectiva. Tomemos un ejemplo extremo del propio Jakobs: *“Si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar a ese parque sin necesidad”* (Ibíd.: 37). De manera que si no se puede tener una suficiente seguridad cognitiva de que la norma se está cumpliendo, *“la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida”* (Ibíd.: 37).

La misma situación se presenta en el plano de las personas. En efecto, la personalidad del autor de un determinado comportamiento no puede mantenerse contrafacticamente si ese ‘individuo humano’ no presta una mínima corroboración cognitiva de que se comportará como una persona que se determina con arreglo a las normas y no como un simple individuo que se orienta de acuerdo al esquema satisfacción - insatisfacción. Dicho de otra forma, para que el autor de un hecho delictivo pueda seguir conservando la calidad jurídica de persona, deberá prestar la suficiente garantía cognitiva de que se seguirá comportando como alguien que acata en general la normatividad y no como individuo.

El sujeto que no presta esa mínima seguridad cognitiva y opta por apartarse indefinidamente de las normas constitutivas de la sociedad, no puede seguir siendo tratado como persona jurídico-penal, pues, con sus múltiples ataques al ordenamiento jurídico, termina por desquiciar las expectativas normativas que los integrantes de la comunidad han adoptado como un modelo de comportamiento válido esperable de los demás. Si los integrantes de la sociedad no pueden contar con la expectativa cierta de que los demás se comportarán, en lo general, con arreglo a los modelos normativos imperantes en la comunidad, naturalmente se produce un fracaso del sistema, porque no podrán desarrollar sus roles con la confianza de que no serán injustamente violentados en sus derechos.

De manera que los individuos que, con sus comportamientos, demuestran un desprecio general por las normas constitutivas de la sociedad, pasan a convertirse en una auténtica fuente de peligro para el sistema. Por lo que en su contra cabe adoptarse medidas de seguridad -por demás drásticas- con el fin de neutralizar el riesgo que engendran, y no una pena, pues la imposición de ella a un sujeto que no se encuentra acuñado normativamente, no estaría contrariando ni ratificando expectativa alguna. Distinto en el plano de las personas -ciudadanos vinculados por derechos y deberes-, que, al no representar una fuente de peligro, en el caso de que defrauden una expectativa, se les debe imponer una pena para reafirmar la identidad normativa de la sociedad.

Así pues, acorde a las voces de Polaino-Orts,

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades volitivas y cognitivas, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que -precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (“personas en derecho”)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en derecho, el respeto de las demás personas y -en consecuencia- la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma” (AMBOS, 2007: 35).

De contera a este capítulo, resulta de vital importancia aclarar dos cuestiones que han sido malinterpretadas por algún sector contradictor político -que no científico- de la teoría del Derecho Penal de Enemigo. La primera: Cuando se afirma que a quien no presta una mínima expectativa cognitiva de que acatará la constitución normativa de la sociedad, se le considera una “no-persona”, en ningún momento se le está negando su dignidad. Como se vio, ambas son dos cosas muy distintas: Mientras que la dignidad se deriva de la existencia humana en sí, la personalidad es tan sólo una abstracción jurídica. La segunda: Cuando se dice que a quien no preste su aporte a la sociedad, no se le podrá seguir considerando como persona, en ningún momento se hace alusión a que debe realizar una labor productiva en pro de un sistema económico. Como se vio, ese aporte se refiere al de una mínima expectativa cognitiva de que se comportará conforme a Derecho. Si la persona reporta o no beneficio alguno al sistema económico, no importa en este plano.

EL DERECHO PENAL COMO PARTE DE LA SOCIEDAD: ¿DERECHO PENAL DE CIUDADANO O DE ENEMIGO?

Una vez delimitadas las características generales del Derecho Penal de Ciudadano y del Derecho Penal de Enemigo, ocupémonos un poco más del primero a efectos de clarificar cómo se relaciona éste con la sociedad. Desde la perspectiva funcional-normativista, el Derecho Penal de Ciudadano se relaciona con la sociedad mediante una dependencia recíproca:

Cabe pedir al Derecho Penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho Penal puede recordar a la sociedad que deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra (JAKOBS, 1998: 14-15).

El Derecho Penal no puede ser considerado como un mero “*lacayo*” de la sociedad, pero tampoco puede pensarse en él como el creador de “*una revolución jurídica*”.

Con tal interdependencia entre sociedad y Derecho, el Funcionalismo Normativista termina por concluir que el punto de partida del Derecho Penal de Ciudadano “*es neutral*” (Ibíd.: 20). Neutral por cuanto pretende estabilizar cualquier tipo de normas, independientemente de si hacen posible la libertad o si aterrorizan o reprimen. La explicación es la siguiente: Como quiera que la sociedad se identifica mediante las normas que ella misma crea, cuando el Derecho Penal de Ciudadano realiza su prestación a la sociedad -el aseguramiento de la identidad normativa mediante la imposición de penas-, lo hace con respecto a las normas que esa sociedad ha establecido. Con un ejemplo: Si una sociedad acorde a su estado de poca evolución aún practica el esclavismo, seguramente sus normas girarán en torno a ello y, en esa medida, el Derecho asegurará esa identidad normativa, es decir, mantendrá la vigencia de la normatividad esclavista. Pero si, por ejemplo, una sociedad es respetuosa de las libertades individuales, su Derecho realizará su prestación manteniendo la vigencia de las normas que prohíben la violación de las libertades. Este es el motivo por el cual se afirma que “*el Derecho penal constituye la tarjeta de presentación de la sociedad*” (Ibíd.: 14). Así pues, el Derecho Penal de Ciudadano asegurará leyes *justas* en la medida en que tal valor sea determinante en la auto-descripción de la sociedad. Pudiéndose afirmar, entonces, que el Derecho Penal de Ciudadano bien puede ser aplicado en cualquier tipo de sociedad, con independencia del sistema económico que se haya adoptado.

Precisamente en torno a ello, es que gira una de las críticas más sensibles que se le han formulado al Derecho Penal de Ciudadano que propone el Profesor alemán. Tal reproche afirma que la asunción de un modelo de esas características, termina por legitimar cualquier clase de Estado, sin importar si el mismo aterroriza y reprime a los asociados. Jakobs, no obstante, contrapone a esa objeción la aludida relación recíproca entre Derecho y sociedad, y advierte que la responsabilidad de la justicia o injusticia de las normas imperantes en una sociedad, en buena medida, son

responsabilidad de sus integrantes. Recuérdese que, según tal autor, “*el Derecho Penal constituye la tarjeta de presentación de la sociedad*”.

La solución, en casos de Estados tiranos y dictatoriales violatorias de derechos humanos, afirma el Profesor citado, se encuentra en manos del conglomerado social, que bien puede “*pedir al Derecho Penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales*”. Ello en atención a que, como se vio, el punto de partida del Derecho Penal de Ciudadano no descarta la posibilidad de que la configuración normativa de una sociedad sea susceptible de evolucionar (*Ibid.*: 6). Si, por ejemplo, la sociedad esclavista de la que hablamos con antelación, mediante cambios y evoluciones conceptuales, termina por abolir el esclavismo, obviamente su sistema jurídico deberá cambiar y, en esa medida, el Derecho Penal deberá asegurar las normas que prohíben las conductas que antes apoyaba.

Hasta aquí tal concepción funcional normativista del Derecho Penal de Ciudadano es sencilla y, como diría Jakobs, “*casi idílica*” (JAKOBS y CANCIO, 2003: 36). Sin embargo, la cuestión entra en penumbra, y cada vez más espesa, cuando se antepone un modelo de Derecho Penal de Enemigo, pues, si el Sistema Penal para Ciudadanos tiene como punto de partida esa dependencia recíproca entre Derecho Penal y sociedad, dable es advertir que la adopción de un modelo de Derecho Penal de Enemigo, en el que finalmente se suprime a quien se aparta más o menos indefinidamente de una determinada configuración normativa social, supondría, en no pocas veces, la obstrucción de esa reciprocidad de prestaciones, dando lugar -ahí sí- a un derecho pétreo dictado por el gobierno de turno que no puede ser determinado por los ciudadanos ante la imposibilidad de apartarse de ciertas regulaciones -por más odiosas y arbitrarias que sean-, debido al riesgo latente de pasar a convertirse en enemigos del sistema.

A manera de ejemplo, en una sociedad como a la que aludimos, en la que se encuentra instituido el esclavismo, el Derecho deberá asegurar tal configuración normativa. No obstante, acudiendo a un modelo de Derecho Penal de Enemigo, si una o varias de las personas que conforman esa sociedad pretendieran cambiar tan inhumano modo productivo, evidentemente tendrían que apartarse de la fidelidad a dicho ordenamiento de manera más o menos indefinida y, en consecuencia, no prestarían esa mínima expectativa cognitiva que se les exige, no pudiendo, por tanto, seguir siendo tratadas como personas jurídico-penales, sino más bien como enemigos a los que se les repele drásticamente. Acorde a la concepción *jakobiana* de Derecho Penal de Enemigo, es claro que, en un caso tal, solamente en la medida en que esas “fuentes de peligro” sean neutralizadas, el Derecho habrá cumplido su cometido. Pero es obvio que, al mismo tiempo -y he aquí la incoherencia intra-sistemática-, habrá impedido que la sociedad hiciera su prestación recíproca al Derecho al haber acallado las voces que le *pedían la realización de esfuerzos para asumir sus nuevos problemas*.

Esa incoherencia que apareja la adopción de un Derecho Penal de Enemigo frente a los fundamentos del Derecho Penal de Ciudadano, encuentra un respaldo adicional en la gran complejidad que representa para el ordenamiento jurídico la definición de ese a quien se le debe tratar como enemigo (AMBOS, 2007: 28-33). Pues, finalmente, en todos los casos, tal postulación termina siendo efectuada por el Estado, que, por el hecho de ejercer el monopolio de la violencia legítima, es quien define los delitos, las penas y, en la hipótesis de un Derecho Penal de Enemigo, a los enemigos. Sin que, en ese último caso, sea posible anteponerle una limitación a ese poder estatal de definición o establecer unas pautas normativas que obligadamente deba acatar el Estado cuando pretenda señalar a alguien de enemigo, toda vez que la creación de garantías, límites o normas en el Derecho Penal de Enemigos, ineludiblemente terminaría por poner en el plano de los Ciudadanos a quienes por antonomasia no pueden ser tratados como tales -como personas vinculadas normativamente en una sociedad-. Kai Ambos al plantearse la cuestión de cómo identificar los enemigos desde un plano procedimental, apunta:

[Si] se procede conforme a las reglas del derecho penal del ciudadano... debemos tener en cuenta que esto se realizaría en el marco de un proceso jurídico- estatal, -¿donde rige la presunción de inocencia!-, por lo que se aplicaría el derecho penal del ciudadano a los enemigos y por tanto se desacreditaría el discurso del derecho penal del enemigo (*Ibid.*: 29).

Así las cosas, resulta claro que si en realidad se pretendiere implementar un modelo de Derecho Penal de Enemigo que guarde coherencia con su propia fundamentación, no quedaría alternativa distinta a dejar la definición de su sujeto pasivo a un juicio subjetivo del Estado, lo que conduciría a la marginación de los grupos de personas que por una u otra razón no compartan las políticas del Gobierno de turno. Máxime en Estados en los cuales cada vez más se acrecienta el fenómeno de la inmigración o en los que -como en el caso colombiano- reina la pluralidad de culturas y el Estado Social de Derecho aparece apenas como una aspiración normativa en construcción.

Es cierto que la incoherencia intra-sistemática que aquí se ha puesto de presente, pasa inadvertida cuando el planteamiento del Derecho Penal de Enemigo se fundamenta en la necesidad de repeler a “*individuos que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho*” (JAKOBS, 2006: 170), puesto que, en tales casos, es evidente que esos individuos, con su alejamiento del Derecho, no pretenden hacer una prestación a la configuración normativa de la sociedad -contribuir a la evolución del Derecho-

y, por tanto, su despersonalización no supondría la obstrucción de la mencionada dependencia recíproca entre Derecho y sociedad que, según Günther Jakobs, caracteriza al Derecho Penal de Ciudadano. Empero, la referida imposibilidad de limitar el poder que tiene el Estado de definir a los enemigos -definición que naturalmente será consecuente con las conveniencias del gobierno en tránsito-, no permite garantizar que, en todos los casos, ese modelo de Derecho Penal se aplique a delincuentes de tal clase, sino a todo aquel que, por cualquier causa, se aparte seriamente del ordenamiento jurídico. Incluido aquél que lo haga en busca de una evolución del Derecho.

Si, como se ha expuesto, la implementación de un modelo de Derecho Penal de Enemigo, dadas sus propias características, comporta un riesgo serio de convertirse en obstáculo para el cabal funcionamiento del Derecho Penal de Ciudadano, anulándole el dinamismo que le es propio y abriendo paso a ordenamientos jurídicos pétreos e inmunes a la evolución social, consecuencia lógica es que se tenga que descartar, por insuficiencia intra-sistemática, la concepción del Derecho Penal de Enemigo. A menos, claro está, que lo que se pretenda sea anular el Derecho Penal Clásico -ahora de Ciudadano- con todas las garantías que tanto tiempo y esfuerzo ha demandado imponer, cuestión que no compartimos.

NECESIDAD DE UNA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL DE CIUDADANO

En la última toma de postura del Profesor Günther Jakobs con relación al Derecho Penal de Enemigo (JAKOBS, 2006: 170), se pone de presente, con mayor profundidad argumentativa que en anteriores oportunidades, una presunta *contaminación* del Derecho Penal de Ciudadano con reglamentaciones propias de un modelo de Derecho Penal de Enemigo, por lo que se tacha de insoportable una complementación de la pena impuesta a los ciudadanos con la reacción que se adopta frente a los enemigos (*Ibid.*: 176), y de deshonesto tratar de evitar la legitimación del Derecho Penal de Enemigo introduciéndolo -escondiéndolo- en el Derecho Penal de Ciudadano (*Ibid.*: 180). Argumentos con los cuales el autor termina sugiriendo la necesidad de delimitar una regulación independiente del Derecho Penal de Enemigo para separarlo completamente del Derecho Penal aplicable a los ciudadanos en busca de salvaguardar éste. Pero tomando en cuenta lo hasta aquí explicado, la asunción de tal tarea sería, como acertadamente lo ilustra Ambos, “*como exorcizar al diablo con Belcebú y mandar al diablo a aquellos tildados de enemigos*” (AMBOS, 2007: 50).

No es cierto que la solución para evitar esa pretendida contaminación, sea la creación de una regulación autónoma para tal modelo de Derecho Penal -si es que tal calificativo le es aplicable-, pues ello, como se explicó -más otras muchas críticas que se han formulado al respecto-, terminaría por anular el principal

fundamento del Derecho Penal de Ciudadano y, ante tal situación, no queda camino distinto que rechazar a ultranza el posicionamiento de un Derecho Penal de enemigo como una tarea a seguir. Así parece entenderlo ya la gran mayoría de los académicos en la materia, en especial Kai Ambos, quien, con absoluta y coherente capacidad argumentativa, ha delimitado un camino susceptible de ser recorrido. Con ello no pretendo asumir que se haya dicho la última palabra en el debate, pero sí advertir que continuar recabando sobre la posibilidad de contribuir a la elaboración de un modelo de Derecho Penal de Enemigo bajo la perspectiva *jakobiana*, se convierte, cada vez más, en una discusión estéril llena de promesas vacías. Tampoco se trata de asumir ese idealizado *Derecho Penal para todos los seres humanos* que propone Kai Ambos (*Ibid.*: 47-58), pues allí, igualmente, se termina asumiendo ese lenguaje retórico que tanto se critica a Jakobs -claro que el de Ambos posee un mayor marketing internacional *propicio a las necesidades de los consumidores*-, sino de poner de presente que la solución a las problemáticas que plantea el Derecho Penal de Enemigo debe buscarse en otro contexto.

Y debe hacerse así, porque, entre otras cosas, la utilización que el Derecho Penal de Enemigo hace del Derecho Penal de autor (JAKOBS y CANCIO, 2003)² es absolutamente innecesaria. En efecto, si se examinan con algún detenimiento las conductas que tal modelo pretende erradicar (la criminalidad económica, el terrorismo, el tráfico ilegal de drogas tóxicas y formas de criminalidad organizada, etc.), fácilmente se puede advertir que, aunque ellas son de gran impacto social, sus consecuencias en el conglomerado social, vale decir la *sensación social de inseguridad* (SILVA, 1999: 24) que generan, en realidad no vienen determinadas principalmente por las calidades de las personas que las cometen, sino, ante todo, por la continua ocurrencia de las mismas. Así pues, resulta sofista argumentar que los ciudadanos no podrán seguir teniendo una mínima seguridad cognitiva de que una norma se seguirá cumpliendo y que, con ello, se vendría al traste todo sistema social, teniendo como único fundamento las actitudes personales del autor. En realidad, si las personas pierden esa mínima seguridad cognitiva, es porque el bien jurídico que intenta proteger esa determinada norma, está siendo constantemente vulnerado.

A decir verdad, al ciudadano, en condiciones de normalidad, poco le importa quién atenta contra sus bienes jurídicos sino, sobre todo, el que se atente contra sus derechos. En el ejemplo citado de Jakobs, si uno no va al parque en el que constantemente se hurta, es precisamente porque ese hecho se presenta continuamente y no porque allí se encuentre fulano o mengano, pues ello normalmente no me debe importar. Piénsese, incluso, en el caso en el que un individuo decida apartarse de una forma más o menos indefinida del ordenamiento jurídico -se "*despersonalice*"- y perpetre distintos atentados contra bienes jurídicos que en raras ocasiones o casi nunca se

² Tal fue una de las críticas que fue formulada por Cancio Melia al modelo de Derecho Penal de Enemigo y que fue incluso aceptada por el mismo Günther Jakobs. JAKOBS.

ven lesionados, vr.gr.: El sentimiento religioso y el respeto a los difuntos. Es claro que a la luz de los postulados del Derecho Penal de Enemigo, ese individuo, al no encontrarse acuñado normativamente, debe ser catalogado como *Enemigo*. Pero también lo es que reaccionar frente a él con las medidas especialmente drásticas que supone tal modelo resultaría absolutamente innecesario, pues, por cuenta de esos ataques aislados a bienes jurídicos que escasamente son vulnerados, la sociedad no perderá la mínima expectativa cognitiva que se ha creado del cumplimiento de esa norma y muchísimo menos se desquiciará el orden social. Total, lo que fundamentalmente fractura el orden social es la cantidad de ataques que se perpetran sobre un mismo bien jurídico, vale decir el *grado de atacabilidad* al que se encuentran sometidos determinados bienes jurídicos, y no la actitud que el autor del delito haya adoptado con respecto al ordenamiento. Con otro ejemplo: Lo que realmente genera temor a los usuarios del sector financiero frente a la posibilidad de realizar transacciones electrónicas, no es que quienes realizan hurtos por medios informáticos *se hayan apartado, probablemente, de modo permanente, pero en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho*, sino la cantidad de fraudes que se comenten por internet. En estos casos, por lo general, ni siquiera el Estado logra determinar quién es el autor de tales injustos. En nuestra forma de ver, el funcionamiento de sistema social no resulta críticamente amenazado por quienes se han apartado de la configuración normativa de la sociedad, sino principalmente por la frecuencia de ataques sobre unos mismos bienes jurídicos. Eso es lo que genera la sensación social de inseguridad que lleva a los asociados a abstenerse de efectuar ciertos comportamientos -ir al parque en el que hurtan o efectuar transacciones electrónicas-. El problema no radica, pues, en la calidad de “*enemigo*”, sino en el *grado de mayor atacabilidad* al que se encuentran expuestos ciertos bienes jurídicos.

El tema así planteado, implica que la solución a tal problemática debe buscarse dentro de los lineamientos del Derecho Penal de Ciudadano -que no hace consideraciones de autor- y no en el Derecho Penal de Enemigo, sin olvidar, claro está, que la adopción de un modelo independiente para esa clase de hechos consecutivos sobre un mismo bien jurídico -que no *enemigos*-, supondría la anulación casi completa de uno de los principales fundamentos Derecho Penal de Ciudadano (Supra III.). Esa inclusión en el Derecho Penal de Ciudadano de los casos de *mayor grado de atacabilidad* a los que están expuestos ciertos bienes jurídicos, supone una doble variación en la forma en que se concibe tal Derecho Penal:

LA PRIMERA: como quiera que la circunstancia de que constantemente se cometan delitos sobre unos mismos bienes jurídicos, se convierte en un factor que sí fractura profundamente las estructuras sociales y que genera sensaciones de inseguridad al momento de desempeñar nuestros roles en la comunidad -máxime cuando en el desempeño del rol se exponen precisamente esos bienes jurídicos

sometidos a un *mayor grado de atacabilidad*-, resulta deficitario pretender el tratamiento de esa clase de hechos bajo el tamiz del Derecho Penal de Ciudadano sin exigencias adicionales. Por lo que para poder lograr una reacción eficaz en esos casos concretos, resulta necesario, de una parte, intensificar las conminaciones penales y, de otra, -la más importante- hacerlas efectivas. Para intensificar las conminaciones penales, se estima necesario pasar de una concepción clásica del principio de proporcionalidad a una contemporánea en la que su acatamiento no sólo se corrobore en función a la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque o puesta en peligro del mismo, sino, sobre todo, al grado de atacabilidad al que se encuentre expuesto según lo demande el desarrollo social. Es indudable que el ordenamiento jurídico-penal protege varios bienes jurídicos y que los mismos pueden ser considerados más o menos importantes según su grado de necesidad para el desarrollo de la vida del individuo y la sociedad. Pero también lo es que, por más que un bien jurídico se reputa como imprescindible, si éste no es objeto de constantes vulneraciones, resultaría inane la determinación de una pena especialmente alta en tal caso. Lo que viene de decirse implica que, en los casos en los que con respecto a un bien jurídico logre constatarse un mayor grado de atacabilidad, bien podría el legislador definir una pena drástica, pudiendo incluso quedar fijada muy por encima de las señaladas para los ataques a bienes que se consideren de mayor relevancia, sin que sea dable alegar un desconocimiento del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, si en un determinado momento se llegase a establecer de una manera empíricamente verificable, que la comisión del delito de genocidio no es un comportamiento usual, mientras que los delitos sexuales van en crecimiento, no sería desproporcionado adjudicar a éste delito una pena muy superior a la establecida para aquél. Que la vida es más indispensable que la libertad y formación sexuales es cierto. Pero que, en ese especial contexto, la comisión de delitos sexuales está resultando más perjudicial para el mantenimiento del sistema social, es algo que debe ser caracterizado como de mayor peso. Evidentemente tal formulación del principio de proporcionalidad, es apenas un esbozo de lo que debe ser objeto de un profundo análisis a efectos de lograr una correcta normativización que, al tiempo que permita el tratamiento punitivo de esos hechos de especial impacto para el sistema social, impida la desnaturalización de tal límite al poder punitivo del Estado. Ya habrá tiempo de volver sobre ello.

Ahora bien, para hacer efectivas las penas, es necesario dotar al aparato jurídico-penal de todas las herramientas necesarias, tanto técnicas, cómo humanas, a efectos de lograr una investigación eficiente que permita judicializar a los responsables de los delitos de mayor impacto, los cometidos sobre bienes jurídicos expuestos a un *mayor grado de atacabilidad*. De lo contrario, ninguna prestación se estaría haciendo al mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, pues así se fijen penas drásticas para los autores de delitos sobre bienes jurídicos que continuamente son atacados, si el Estado no logra aprehenderlos, judicializarlos, imponerles esa sanción y, además, ejecutarla, tal conminación penal no pasará de una simple

promesa simbólica que en nada ayuda al mantenimiento de las estructuras sociales, pues ni el delincuente se abstendrá de realizar comportamientos antijurídicos sobre esos bienes jurídicos, ni los asociados confiarán en que esos derechos no le serán conculcados. Ejemplo claro de ello, es la Ley para la Prevención y Represión de la Actividad Delictiva de Especial Impacto para la Convivencia y Seguridad Ciudadana (Ley 1142 de 2007) recientemente promulgada en la República de Colombia, que dispuso un incremento de penas para algunos delitos, con el vano objeto de restablecer la sensación de seguridad en los colombianos, sin haber efectuado variaciones eficientes al también reciente Sistema de Procedimiento Penal que, a pesar de sus bondades procesales, ya arroja alarmantes cifras de impunidad.

LA SEGUNDA: si, mediante la imposición de una pena, el Derecho Penal de Ciudadano pretende restablecer la confianza de los asociados en la norma que fue vulnerada y deslegitimar el comportamiento del autor como una pauta de comportamiento válido, tal aspiración no puede concretarse tan sólo con la imposición y ejecución de esa sanción. Es necesario, además, que el ciudadano pueda contar con la expectativa cierta de que quien lo hace -el Estado- respeta estrictamente cada uno de los límites y garantías sustanciales y procesales que le son exigibles. Pues, ¿cómo ver acrecentadas las expectativas normativas, cuando el ciudadano observa que quien las reafirma y asegura, todo el tiempo está vulnerando derechos fundamentales? Ningún restablecimiento de la confianza en la norma puede lograrse cuando el destinatario del mensaje advierte que la misma ha sido aplicada a una persona con respecto a la cual no existe una mínima evidencia de que efectivamente quebrantó la norma. Y, aunque ello fuera así, el hecho de que el Estado violente los derechos fundamentales de ese sujeto, impide el arribo del mensaje reafirmativo a su destinatario, pues el que llegará será de otra clase: Uno que aterroriza y reprime. Y ello, no cabe duda alguna, sí supondría el quebrantamiento del orden social.

Corolario de lo anterior es que el Estado, al aplicar una pena, no puede conformarse sólo con la sensación de haber restablecido la confianza en una norma y negado el comportamiento del autor como un modelo de comportamiento a seguir, sino que, además, debe encargarse de que ese sea el mensaje que efectivamente llegue a los ciudadanos. Y para ello, resulta indispensable que se legitime a sí mismo, mediante el respeto irrestricto de las garantías sustanciales y procesales establecidas en pro del sujeto pasivo de la acción penal. Exigencia que debe hacerse aún más estricta en esos casos en los que, como consecuencia de la aplicación de un principio de proporcionalidad que atiende principalmente al *mayor grado de atacabilidad*, se establezcan penas especialmente drásticas.

Lo aquí expuesto, invita, pues, a la asunción de una relación directamente proporcional entre la intensificación efectiva de penas que se realiza a partir del

esbozado principio de proporcionalidad contemporáneo y el respeto de los demás límites al *ius puniendi*, vale decir, a mayor monto punitivo para los autores de delitos en contra de bienes jurídicos continuamente atacados, mayor respeto de sus garantías procesales.

Bien podría replicarse que el entendimiento del principio de proporcionalidad que aquí se plantea, llevaría a una peligrosa flexibilización de uno de los límites al *ius puniendi* -los demás, como se vio, deberán ser irrestrictamente acatados por el Estado- que propiciaría una expansión del Derecho Penal. A lo que habrá de responderse que ello, además de cierto, es necesario. Sólo así se logrará agrupar, de manera eficiente, la constelación de casos innecesariamente llevados al plano de los *enemigos*, a la luz de los preceptos del Derecho Penal de Ciudadano y contrarrestar todos los efectos nocivos que apareja la implementación de una regulación autónoma para el modelo de Derecho Penal de Enemigo. ¿Es que acaso no resulta menos perjudicial el replanteamiento de uno de los límites al *ius puniendi* con un correlativo refuerzo de los demás, que la adopción de un modelo de Derecho Penal para *Enemigos*?

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. (2007). Derecho penal del enemigo, *Cuadernos de conferencias y artículos No. 41*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, Günther (1998). Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcionalista, *Cuadernos de conferencias y artículos No. 13*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (1999). Sobre la génesis de la obligación jurídica, *Cuadernos de conferencias y artículos No. 22*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2003). Culpabilidad en derecho penal: dos cuestiones fundamentales. *Colección de estudios No. 27*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2004). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. *Colección de estudios No. 28*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2006). La pena estatal: Significado y Finalidad. Navarra: Editorial Civitas.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Editorial Civitas.
- KELSEN, Hans (1998). ¿Qué es la teoría pura del Derecho? México: Distribuciones Fontamara, S.A.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (2003). “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”. *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1999). La expansión del derecho penal. Madrid: Editorial Civitas.