



EXISTENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL¹

YENNESIT PALACIOS VALENCIA*

“Que el remedio hallado para la enfermedad de la «impunidad» no engendre en sí mismo, riesgos relativos a otras enfermedades ya conocidas (Maier, 2006: 55)”.

Resumen

Sin duda alguna, el debate sobre el derecho penal del enemigo es una cuestión que está revolucionando el mundo del derecho, en general, y el derecho internacional en particular. Es un debate de actualidad que está llamando la atención de la comunidad académica, en tanto se plantea y se avizora un problema de fondo, en cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos, por encima de un discurso de seguridad, que se viene planteando como eje central en la comunidad internacional, en la lucha contra el terrorismo y como estrategia jurídico-política al interior de Estados que dicen llamarse democráticos. Esta situación está revolucionando desde cualquier punto de vista la concepción tradicional del derecho, violentando flagrantemente la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho, al poner en práctica lo que Jakobs denomina “derecho penal del enemigo”, práctica que también se viene fortaleciendo y traspasándose del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados, como manifestación de soberanía, al derecho penal internacional.

Palabras clave: derechos humanos, derecho penal internacional, derecho penal del enemigo, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, seguridad nacional.

¹ Este artículo es fruto del proceso investigativo llevado a cabo en la Universidad Santo Tomás de Medellín, en el grupo Derecho, Sociedad y Desarrollo, en la línea de investigación ciencias penales y globalización, con el proyecto: Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional, en el año 2009.

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín. Docente-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Sede Medellín. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Maestranda de la Universidad Externado de Colombia en el Programa Derechos Humanos y Democratización, en Convenio con la Universidad Carlos III de Madrid-España. Asimismo, Magister y Doctoranda de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España en el programa de Derechos Humanos Interculturalidad y Desarrollo.

Abstract

Without any doubt, the debate about the penal right of the enemy is a question that is revolutionizing the world of law in a general level, and international right in particular. It is a current debate that is drawing the attention of the academic community, as it poses as a basic problem: the effective protection of the human rights, over a security discourse which is presented as central in the international community in the fight against terrorism, and as a legal-political strategy to the interior of the so called democratic States. This situation is revolutionizing, from different points of view, the traditional conception of law, flagrantly violating the human dignity as the central axis of the Social State of Right, putting in practice what Jakobs denominates "Criminal law for the enemy". This practice is being fortified and transferring from the exercise of ius puniendi of the States, as manifestation of sovereignty, to the international penal right.

Keywords: human rights, International Penal Right, Criminal law for the enemy, Statute of Rome, Penal Court International, national security.

Introducción

El derecho internacional era definido como la rama del derecho que regula las relaciones entre los Estados, razón por la cual tenía como característica básica, en principio, el ser interestatal. Empero, a lo largo de la historia, el derecho internacional clásico ha sufrido grandes cambios y transformaciones, variando con ello, entre otras cosas, la concepción de sujetos de derecho internacional, que antes era exclusiva de los Estados como sujetos primarios y originarios, por antonomasia, en ejercicio de la soberanía. Con estos cambios y por diferentes contextos, se ha integrado a la persona humana en tal categoría, pues anteriormente el derecho internacional clásico no concedía al individuo mayor importancia, transformándose así la idea de ver a los Estados como los únicos titulares de responsabilidad internacional, puesto que, por diferentes hechos históricos, los seres humanos también son titulares de esta.

Por ello, se abre la posibilidad de que los individuos sean penalmente responsables

a nivel internacional, cuando se trate de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. De tal forma que el derecho penal aparece en este contexto para vincularse al derecho internacional, al hacer un juicio de reproche sobre aquellas conductas que lesionan gravemente bienes jurídicos reconocidos y protegidos universalmente en nombre de la humanidad. Todo ello se enmarca contextualmente después de las atrocidades ocurridas durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial, que son los antecedentes más remotos frente al protagonismo que adquiere la persona humana como sujeto de derecho internacional.

Dichas circunstancias han sido un paso decisivo y el detonante en la consolidación de crímenes internacionales, pues la coyuntura marcada en 1939-1944, verbi gratia, en lo que fue la Segunda Guerra Mundial, son un hecho histórico por su esencia, debido a las barbaries cometidas en toda la humanidad, que permitieron la creación del primer Tribunal Internacional en lo que se conoció como los Juicios de Nüremberg,

pues los vencedores de la guerra comenzaron a ejercer en nombre de la comunidad internacional jurisdicción universal, por atentar contra el derecho de todas las naciones, al transgredir el *ius gentium*. En este entendido, comenzó a consolidarse la idea según la cual:

Dentro de las conductas de derecho penal internacional, se crearía un grupo más reducido de delitos, que, por atentar gravemente contra intereses o valores especialmente importantes, deberían estar sometidos, a un régimen jurídico-internacional específico. Elementos que se encontrarían en los Principios reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 y formulados cuatro años después, por la Comisión de Derecho Internacional (Sánchez, 2004: 118).

De cara a estos acontecimientos, se ha creado a través del Estatuto de Roma en 1998, una Corte Penal Internacional de carácter permanente, para contrarrestar la impunidad, en la pretendida lucha y defensa efectiva de los derechos humanos, contra crímenes de trascendencia internacional. Desde estas premisas, el derecho penal internacional se consolida hoy como una herramienta de poder, donde los derechos humanos se constituyen como un pretexto en el discurso, en un simple instrumento de la justicia penal internacional, ya que los aparatos institucionales están dirigidos en función, principalmente, de la reducción del riesgo, en una campaña donde todos somos vigilados con zozobra, producto de la ideología imperante que desarrolla políticas extremas de seguridad.

En este orden de ideas, la obediencia a la misma ley, como fundamento de la seguridad de los derechos, se ha distorsionado de manera “cínica”, pues ya no hay necesidad de maquillar la realidad, puesto que la filosofía predominante de forma evidente es que el derecho será efectivo en tanto se pueda aniquilar a quien no le es funcional al sistema, esto es, al “enemigo”.

De esta forma, la protección efectiva de los derechos pasa a ser simbólica, pues la evolución actual del derecho apuesta por un sistema donde todos seamos vigilados mas no protegidos, partiendo de contextos globales que son entendidos como legítimos. Así, el derecho mismo aparece entendido como un instrumento de poder en el ejercicio del control social. Por ello, en este escrito se hace un intento por visibilizar cómo estas dinámicas de transformación que han estado siempre ocultas en las formas más legítimas de aplicar el derecho, se han traspasado hacia el derecho internacional, pues claramente se practica lo que Jakobs denomina derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo según Günther Jakobs

La expresión *derecho penal del enemigo*, pretende significar “un conjunto de normas que, al “correr” la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas” (Grosso, 2006: 1). Por ello, la esencia del concepto de derecho penal del enemigo está en que este constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos, ya que, con este instrumento,

el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos (Jakobs, 2006: 120).

Según la tesis jakobsiana, cuando a un individuo se le criminaliza por actos de barbarie, bien sea por actos de terrorismo o por formar parte de la criminalidad organizada, o bien sea por contrariar el sistema y por violentar los derechos humanos, el desarrollo de este tipo de conductas no permite que en el sistema se le trate como ciudadano sino como a un enemigo. Desde este punto de vista, el derecho penal del enemigo, se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de, como es lo habitual, retrospectivo. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Jakobs, 2006: 112).

Desde esta lógica, como sostiene Jakobs (2006), parece claro que en todos los campos importantes del derecho penal del enemigo (carteles de la droga, criminalidad de la inmigración y otras formas de criminalidad organizada y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. En

este mismo sentido, Rousseau afirma: “que cualquier malhechor que ataque el derecho social, deja de ser miembro del Estado, puesto que se haya en guerra con éste” (Jakobs, 2006: 120) diferenciándose así, como se verá a continuación, el trato por recibir para aquellos que sean considerados como enemigos, frente al ciudadano que es respetuoso del sistema.

Derecho penal del enemigo versus derecho penal del ciudadano

Jakobs diferencia claramente entre lo que para él es el derecho penal del enemigo, del derecho penal del ciudadano. Este último sería para aquellas personas que le deben obediencia al derecho al menos en todo o en parte, al no delinquir continuamente. Por ello, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, en tanto que el derecho penal del enemigo combate peligros. Sin embargo, aclara “que todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí, por medio del derecho en cuanto a personas” (Jakobs, 2006: 15), pero como el enemigo es aquel que integra la criminalidad organizada y los grupos terroristas², individuos que violentan grave y permanentemente el derecho, el Estado no debe tratarlos ya como personas, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás, pues ellos se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, al no prestar la garantía cognitiva mínima, necesaria para el tratamiento como persona.

² Jakobs define al terrorista como aquella persona que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Por ello, las regulaciones del proceso penal del enemigo se dirigen a la eliminación del riesgo terrorista.

De esta manera, el juicio según el cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en derecho, necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos (Jakobs, 2006: 2). En este discurso, el derecho aparece como: el vínculo entre personas que son titulares a su vez de derechos y deberes, mientras que la relación con el enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción, donde la más intensa sería la del derecho penal (Jakobs, 2006: 27).

En este orden de ideas, solo habría derecho penal y procesal para ciudadanos, y un “derecho” penal para los enemigos. Por eso, la pena como coacción no se dirige contra la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso. En este contexto, desde la tesis jakobsiana, solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para ser real. Así las cosas, Jakobs hace unas precisiones en cuanto a la categoría de persona, pues sostiene de manera diferenciada que:

Ser persona en Derecho es algo sinagmático, el otro ha de “participar”, a menos que se dé la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos. Postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y sólo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece

orientación en el respectivo presente. (2005: 200)

No obstante, en palabras de Zaffaroni (2006: 9), el trato punitivo diferenciado a seres humanos privados de la condición de personas 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 ello implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.

Por consiguiente, se pone al descubierto una situación que ha estado oculta, y se sitúa de manifiesto como nunca antes, y es que la tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el Estado Constitucional de Derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado de triste memoria, se llamaría entre nosotros *doctrina de la seguridad nacional* (Zaffaroni, 2006: 9), so pretexto de discursos ilusorios de seguridad que se dilucidan claramente desde décadas pasadas, al tachar y etiquetar a quien no le es funcional al sistema. Pues, “no se puede tratar como persona a quien me amenaza constantemente, pues quien no participa en la vida, en un Estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expelido, expulsado de la sociedad persona” (Jakobs, 2006: 33).

Esta diferenciación se viene aplicando desde décadas pasadas; claramente se pueden ver rasgos de este derecho penal

del enemigo descrito por Jakobs, inclusive en la fundamentación de la Segunda Guerra Mundial, donde el no alemán era el enemigo del sistema según el imaginario social de la Alemania nazi. Esta misma idea es soportada por el Italiano Giorgio Agamben (2006), pues al comentar la tesis de Carl Schmitt, sobre la distinción entre “amigo-enemigo”, analiza el campo de concentración nazi como paradigma biopolítico, expresando que una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple vida muda, pura cosa viva sin derecho y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos.

En este orden de ideas, como manifiesta Muñoz Conde (2008: 73), describiendo los informes que redactó el penalista alemán Edmund Mezger en 1943 para el régimen nacional socialista sobre un proyecto de ley de “tratamiento de extraños” a la comunidad, ilustra la tendencia de cómo en el futuro habrá dos (o más) derechos penales: un derecho penal para la generalidad en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora, y un derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia.

De esta forma, en un régimen totalitario, se daba por sentado, la existencia de un derecho penal solo para los enemigos y los extraños a la comunidad, cosa que difiere y no se puede permitir en Estados democráticos, más concretamente en el Estado Social de Derecho, pues como reitera Muñoz Conde (2008: 75), es inadmisibles que se pueda distinguir entre ciudadanos

y enemigos (o “amigos” y “enemigos”) en la distinción clásica del famoso politólogo Carl Schmitt, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Pues, en últimas, el Estado terminaría haciendo más daño que el que podrían llegar a hacer los “enemigos”.

Por consiguiente, si se sigue este enunciado, la defensa de los derechos humanos y la fundamentación jurídica del Estado de Derecho estaría totalmente carente de sentido, pues si se entiende que aquellos son “productos de luchas y procesos culturales” (Herrera, 2005: 118), donde su protección se cimienta en el respeto del otro y de lo otro, no como elemento para aniquilar y exterminar, sino como una herramienta para el buen vivir, para el vivir en sociedad, pues no se puede hablar de una sociedad justa cuando no hay respeto por los derechos humanos, se caería en un sinsentido lógico. Por ende, si se admite esta distinción, se debe admitir el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valederos tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo (Muñoz, 2006: 360). El derecho así concebido, es solo lo que dicen quienes tienen el poder de definición, lo cual significa una batalla perdida en luchas ya ganadas. Pues, como diría Armand Mattelart, en su obra *Un mundo vigilado*:

Cada ruptura con el Estado de Derecho se acompaña de un asilvestramiento de la democracia, de una regresión de los valores que supuestamente lo

fundamentan. La amplitud del mal no establece límite alguno al uso de medios ajenos a las normas. En cada ocasión, la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en la normalidad. Todas estas prevaricaciones de la razón de Estado funcionan como un extraordinario analizador de las regiones más oscuras de las sociedades democráticas (2009: 11).

De esta manera, no genera duda la forma oculta como se ha transformado el quehacer jurídico en la sociedad, tiene la fachada perfecta en instituciones democráticas, que se soportan bajo la fórmula del Estado Social de Derecho, situación que como se observa, es un sofisma del sistema que lo utiliza para transgredir el derecho del modo más simple, irradiado precisamente por el método de la sospecha, frente a supuestos de peligro abstracto que justifican el actuar irracional fundamentado desde las normas.

Derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional

Como se ha expresado a lo largo de este escrito, se visibiliza una campaña extrema en la lucha por combatir la criminalidad organizada y diversos fenómenos que se agudizan con el paso del tiempo. Se ha creado, en el imaginario social, una era de terror donde el derecho mismo es instrumento de desesperanza, en un mundo que dice estar globalizado, donde los sistemas jurídicos se estandarizan como corolario de una sociedad de la seguridad. Por ello, como expresa Mattelart (2009: 12), estamos en una era tecnoglobal, en el auge de un sistema mundial de caracterización y transformación del

ciudadano en sospechoso en el orden socio-político. Pues hay un mundo donde no solo el sospechoso es vigilado con zozobra en la búsqueda de la seguridad ciudadana, sino donde todos somos vigilados. En este nuevo formato, “el sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva” (Pérez, 2007: 17).

Por tanto, el debate que se evidencia en la comunidad internacional es la reacción por seguir frente a sujetos que son tachados como peligrosos, precisamente por la línea que se impone en la construcción de extralimitadas políticas de control social, en sujetos que se catalogan como enemigos. Ahora bien; pero, ¿quién decide? ¿Quién o quiénes son los sujetos peligrosos? ¿Qué trato se les da a estos sujetos peligrosos, en específico, a los enemigos? ¿Qué papel juegan el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, en este contexto?

Hoy en día, el discurso que gira en torno al derecho internacional de los derechos humanos y el del derecho penal internacional van de la mano. Están estrechamente ligados, pues este último nace, en principio, para evitar la impunidad cuando se violenten gravemente derechos de titularidad universal, surgiendo así una especie de colaboración armónica en estas dos áreas del derecho. Pues aquel, como dice Werle (2005: 79), protege la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional; razón por la cual, como se

desprende del preámbulo del Estatuto de Roma:

Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, no deben quedar sin castigo, no sólo para poner fin a la impunidad de sus autores y para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, sino también, para contribuir en la prevención de nuevas violaciones, defendiendo los intereses de las generaciones presentes y futuras. Por ello, esos tres bienes jurídicos protegidos, esto es, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, no son sólo fines de la comunidad internacional, sino, el centro mismo del derecho penal internacional (Werle, 2005: 79).

Con este propósito, cuando se atacan los intereses fundamentales en el orden internacional, los derechos violentados pasan a tener una protección más amplia, más allá de la soberanía de los Estados, pasando así a ser materia de regulación del derecho internacional. Desde esta lógica, el derecho penal internacional se fundamenta en: “la protección de los derechos humanos, como un instrumento de defensa, ante el fracaso de los mecanismos tradicionales de protección, atribución que al mismo tiempo lo faculta para legitimar y limitar su aplicación” (Werle, 2005: 28).

Para que un delito sea de trascendencia internacional, es necesario que ocurra en un cierto contexto colectivo de comisión y requiere, por tanto, además de los actos individuales, un elemento internacional o contextual adicional, que “ señale a cierto grupo cuyo fin haya sido el de destruir (ge-

nocidio), una comisión sistemática o generalizada (crímenes de lesa humanidad), o un conflicto armado (interno o internacional)- (crímenes de guerra)” (Ambos, 2008: 18). Este elemento contextual adicional es el que complementa la tradicional imputación individual, cuando concurren las condiciones de la teoría del delito, es decir, que exista una conducta punible, típica, anti-jurídica y culpable que se le pueda atribuir al acto delictivo, para poder imputarse ante la Corte Penal Internacional, en razón de su competencia *ratione materiae*.

No obstante, aunque el derecho penal internacional haga juicios de reproche sobre los delitos más graves de trascendencia internacional, el correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, pues el costo de dicho castigo, como dice Kai Ambos (2008: 18), terminaría en la erosión de la legitimidad del derecho penal internacional y de los tribunales que lo aplican. Pues su ideario, ante “delitos graves de trascendencia internacional, debe ser el de coadyuvar indistintamente, en la efectiva salvaguardia de los individuos, al complementar y asegurar los demás instrumentos de protección de los derechos humanos” (Werle, 2005: 100).

En este orden de ideas, dada la complejidad del asunto, el derecho penal internacional, acorde con los fines para los cuales ha sido creado, tiene un gran reto en el modelo de sociedad actual, pues se le apuesta a un sistema que tiene como punto de partida el exceso del derecho penal, por consiguiente, el desafío no menos complejo es tratar de “ir en armonía con los tratados universales sobre los derechos humanos, y los principios

fundamentales del derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la ilustración” (Werle, 2005: 28).

Hay que resaltar que tratándose también de violaciones graves, la justicia internacional interviene de manera subsidiaria, porque son los Estados los que en principio tienen la responsabilidad de salvaguardar y garantizar los derechos humanos, luego, si a *posteriori* aquella protección se torna inoperante, es donde entra en juego el papel de la comunidad internacional, ya que el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, es el primero en ser llamado a solucionar internamente sus conflictos, para hacer frente a las diversas situaciones que puedan surgir al interior de su territorio con sus ciudadanos o extranjeros.

Pero en este plano, el derecho penal internacional ostenta doble subsidiaridad, sea la dada por el derecho penal como elemento de *ultima ratio*, o bien, sea dada por el derecho internacional, cuando en las esferas internas en el ámbito penal, los Estados fracasen al poner en movimiento el aparato estatal. Al respecto, argumenta Roxin que:

La idea político-criminal de que el derecho penal deba ser fragmentario o subsidiario, es decir, que sea preferible cualquier otro instrumento social de conducción eficaz al empleo del derecho penal, encuentra su fundamento al considerar que la pena criminal es a menudo perjudicial para la posición social de quien se ve afectado, que ella es socialmente dañina y que, por tanto,

sólo hay que ampararse en ella cuando sea el único medio de evitar un mal todavía mayor (1979: 508).

Pero en la actualidad, ¿será que realmente se puede hablar de un derecho penal de *ultima ratio*? El derecho penal en general se está enfrentando a diario con nuevos retos y tendencias tanto en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, como en el seno de la comunidad internacional, producto de una serie de hechos que paulatinamente se van exteriorizando como pautas legítimas que seguir, sean o no garantes de la protección de los derechos humanos, en sociedades que dicen llamarse democráticas y, por ende, respetuosas de los derechos humanos.

En este contexto, la ciencia del derecho penal que consiste, “por un lado, en asegurar al individuo frente al manejo estatal ilimitado en tiempos de crisis, y por otro, en ofrecer opciones de solución orientadas a los problemas, que sean correctas sistemáticamente, se han visto profundamente alterada” (Pérez, 2007: 21). De manera que el derecho penal se está convirtiendo en una utopía; se moldea en torno a situaciones de peligro. Entendido de esta forma:

El derecho penal ha perdido su connotación cultural humanista para asumir un papel de saber tecnocrático mediante el que un grupo de técnicos auto alimenta su propio sistema de reglas para legitimar la función social del sistema, que persigue tres objetivos: a) la estabilización simbólica de la seguridad colectiva; b) la neutralización social de los megariesgos producidos por el desarrollo económico, y c) la defensa a ultranza del monopolio

estatal de la organización social (Paliero, 2004: 32).

Así, por ejemplo, si se habla de la Corte Penal Internacional, se observa, según la tesis de Pastor (2006: 75), que las pretensiones punitivas del Estatuto de Roma interesarían en la creación de un poder penal internacional, estructurado bajo los principios de una política criminal “extrema”, en una abierta “ideología de punición infinita” donde el blanco directo son todos los seres humanos. De esta forma, no se podría considerar más el derecho penal como un instrumento social, pues en materia de graves violaciones de los derechos humanos serían ilegítimas todas las opciones a la condenación penal.

Esta marcada tendencia es, entre otras cosas, porque se busca generar persecución y terror en ciertos individuos o colectivo social, precisamente en ocasión de la actividad delictiva que han ejercido, para tratarlos como elementos de sumisión. De esta forma, la pena tomaría sentido si es un instrumento para neutralizarlos. Hay una supuesta lucha preventiva, donde la pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido por el delincuente, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la ocasión para neutralizar a un sujeto peligroso (Pastor, 2006: 523), al enemigo.

Esta teoría se ha construido paulatinamente, sobre todo con “posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en un derecho penal *consuetudinario* con obligaciones de punir para todo el mundo, -un inaudito *ius cogens* ¡penal!- así, han aparecido tribuna-

les, bien sean nacionales o internacionales, desarrollándose un engendro que se puede englobar bajo el nombre de poder penal internacional” (Pastor, 2006: 487), que se identifica:

Por la aplicación de los cuerpos judiciales de unos sistemas normativos internacionales que se pueden reconocer en textos convencionales o deducir, de prácticas uniformes y que tienden a la represión de hechos calificados como delitos del derecho internacional, que suelen ser llamados vagamente “crímenes de derecho internacional”, y se descomponen precisamente de manera habitual, en los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, esto es, lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y de agresión que está en proceso de regulación (Pastor, 2006: 488).

Como se dilucida, en el sistema penal internacional, contrario al pensamiento kantiano —donde el fin nunca justifica los medios, pues se busca proteger la dignidad de la persona humana—, el fin sí justificaría los medios, de modo que si existen hechos graves de trascendencia internacional, aquellos no pueden quedar impunes, pues la urgencia en el sofisma de la “seguridad” es que sean penados indistintamente y a toda costa para combatir la impunidad. Lo problemático del asunto es que la sociedad legitima este tipo de comportamientos, pues no se hace reproche alguno por parte del colectivo social, primando y legitimándose la idea de seguridad. Por esta razón, el *poder penal internacional* puede ser considerado como:

[...] El prototipo del derecho penal del enemigo. En efecto, todo poder penal internacional (el del ECPI pero también el que se ha ejercido desde Núremberg, especialmente el que ejerce el CSONU por medio de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, e incluso, el que aplican los tribunales nacionales) está 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 (Pastor, 2006: 488 y ss.).

En este orden de ideas, la punición internacional de vulneración de los derechos humanos muestra también rasgos propios del derecho penal del enemigo, sin ser por ello ilegítima, pues como dirá Jakobs (2006), la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha contra la seguridad, ya que la esencia del derecho penal del enemigo está entonces en que este constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Todo esto, pese a la ideología predominante, que está excluyendo desde todo punto de vista la idea de humanización del derecho en el discurso del derecho penal, que aparece como la peor forma de intervención al instrumentalizar al individuo. Lo anterior, en ocasión de la llamada modernización del derecho penal que no es otra cosa más que un retroceso en la historia.

En cuanto al funcionamiento del derecho penal internacional, sumado al marco descrito, se puede decir que este opera en función de las necesidades de la comunidad internacional, la cual actúa influenciada

por esferas de poder que muchas veces criminalizan y proceden en nombre de la humanidad, pero en ocasiones como pretexto para justificar actos propios y con intereses específicos, que poco o nada tienen que ver con la efectiva protección de los derechos humanos en el orden internacional, sino que están alentados o motivados por un juego de poder, donde unos pocos deciden los pasos por seguir y los restantes solo obedecen como si fueran decisiones que no se pudiesen cuestionar. De ahí, que no se pueda pregonar una soberanía igualitaria para todos los Estados, idea que no es más que un simple ideal para poder mantener las buenas relaciones con quienes no participan en esas esferas del poder. Con todo esto, además de las sutilezas legales de supresión para justificar una sociedad de seguridad, que apunta a la consolidación de un derecho penal internacional del enemigo, aparecen también como factor agravante, al marco citado, reacciones en todo el mundo:

De marcada exclusión social acompañadas con un alto tinte xenofóbico y de intolerancia, [...] en diferentes receptores según la realidad de cada región: en Latinoamérica los “excluidos” son las clases sociales bajas, pero la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otros excluidos: los habitantes no comunitarios. Y en Estados Unidos los extranjeros “terroristas” [...] (Riquert y Palacios, 2003: 4).

Lo grave del asunto es que se imparten medidas que tienden a ser consideradas como de obligatoria observancia, así no sean ajustadas al derecho, pues en la comunidad internacional se sigue la suerte de lo que digan los dueños del mundo. De esta

manera, la tacha o etiqueta de enemigos en el orden mundial es clara hacia quién se dirige, como excusa de aspiraciones ficticias de seguridad. Por ello, no es menos notorio:

Que los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran según grupos que resultan molestos en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*; etc.). Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidoras de algún tóxico, etc. (Zaffaroni, 2006: 153).

En este escenario, el derecho penal internacional pasa a ser otra esfera más del monopolio exclusivo de los que tienen el poder y, por ende, de quienes tienen el *imperium* de definición, para decidir quién o quiénes pueden ser considerados como peligrosos, es decir, como enemigos, sean las grandes potencias mundiales, o sean las grandes organizaciones internacionales que promueven y apoyan mecanismos de control en la persecución penal, alejadas de la idea de dignidad humana como pilar fundamental de todo Estado Social de Derecho y de la concepción tradicional del derecho penal como *ultima ratio*.

En el discurso actual es muy evidente el razonamiento sobre el enemigo, pero al mismo tiempo lleno de ambigüedad, porque en última instancia cualquiera puede ser considerado enemigo. Es curioso que nunca se considere a los viejos como enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte (Zaffaroni, 2006: 153).

Pues bien, hay que llamar las cosas por su nombre, por tanto, en el derecho penal internacional, es fácil concluir que lo que se evidencia y se vigoriza con el tiempo, es un derecho penal del enemigo, compaginado con la teoría de Jakobs. Y en este contexto, la atención ya no se centra en criminalizar al vencido durante la guerra, sino al “terrorista” y a todos aquellos que cuestionen al poder de *facto*, todo por el afán de superar una crisis de “terror” que se observa justo cuando se pone en riesgo a los “amos” del mundo. De esta forma, parece claro que es por medio del castigo que se combate cualquier acto delictivo, como medio de coacción y de control social. De esta manera, razón tiene Zaffaroni (2005) cuando afirma que los peores enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes lo ejercen, apareciendo con ello una construcción del derecho penal que busca artificiosamente garantizar la paz social a partir de la pena como método coercitivo por la sanción por imputar.

Las Naciones Unidas, un campo de acción efectivo para aplicar un derecho penal del enemigo en el marco de la Corte Penal Internacional

Hasta hace poco, el imperio del derecho penal internacional dependía casi sin excepción de mecanismos indirectos de aplicación, no existiendo un tribunal penal internacional permanente. Pero con la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 y el establecimiento de la Corte Penal Internacional, se dispone ahora de un foro permanente para la aplicación directa del derecho internacional. La Corte, sin embargo, no está concebida como un Tribunal Mundial con competencia universal, sino como un tribunal de emergencia y de reserva (Werle: 138). No obstante, en ocasión del uso que del derecho hacen quienes tienen el *monopolio de la fuerza*, la Corte es también competente para la persecución de los crímenes tradicionales de dimensión internacional, independientemente del lugar de comisión del delito y la nacionalidad del acusado cuando el CSONU remita al fiscal, con base en el capítulo VII de la Carta de la ONU³, una situación en la que parezcan haberse cometido uno o más de los crímenes de trascendencia internacional.

Como se observa, los encargados de vislumbrar quiénes serían considerados como sujetos peligrosos ante la Corte penal internacional serían, en última instancia, en

virtud de su poder discrecional el Consejo de Seguridad⁴ (CSONU) como órgano de la ONU⁵, que ya dudoso papel⁶ ha desplegado a lo largo de la historia en la búsqueda de la tan anhelada paz —sobre todo en cuanto a su cuestionado derecho de veto de los (5) miembros permanentes— que puede bloquear decisiones de fondo con un solo voto negativo de cualquiera de sus miembros, para hacer las mismas perversidades⁷ de quienes dicen combatir, pero valiéndose

³ Conforme al Capítulo VII de la Carta, el Consejo puede decidir la adopción de medidas coercitivas, sanciones económicas o acciones militares colectivas. Puede también ejercer por medio de la fuerza aérea, naval o terrestre la acción necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad.

⁴ El Consejo de Seguridad se compone de quince miembros, de los cuales cinco son permanentes — China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América — y diez no permanentes elegidos por la Asamblea General por un período de dos años. Actualmente, terminan su mandato en el periodo comprendido del 2009 al 2010: Austria (2010), Burkina Faso (2009), Japón (2010), Costa Rica (2009), Croacia (2009), Jamahiriya Árabe Libia (2009), México (2010), Uganda (2010), Vietnam (2009) y Turquía (2010). Para ampliar la información consúltese la pág. web <http://www.un.org> de las Naciones Unidas.

⁵ La Organización de las Naciones Unidas -ONU- es la mayor organización internacional del mundo y se define a sí misma como una asociación de gobiernos global que facilita la cooperación en asuntos como la legislación internacional, la seguridad internacional, el desarrollo económico, el progreso social y los derechos humanos. Para mayor información consúltese la pág. web <http://www.un.org>

⁶ Véase: SAAD Hamid. En Guerra y sanciones a Iraq. Naciones Unidas y el 'nuevo orden mundial'. Valoración legal de las sanciones de NNUU sobre Iraq. [en línea] http://www.nodo50.org/cscs/iraq/trib_int-96/legal.html. como expresa este autor, desde 1990, el CS ha impuesto sanciones multilaterales contra ocho Estados diferentes, y ocasionalmente autorizó el uso de la fuerza militar, la más notable contra Iraq en 1991. Aunque estas acciones hayan derivado a menudo en importantes pérdidas de vidas de civiles y propiedades, todavía no ha habido ningún intento de establecer los parámetros legales dentro de los cuales el CS debe operar [...] Algunos tratadistas argumentan que el CS, producto de la Carta de NNUU, puede actuar *por encima* de las leyes internacionales, como una ley en sí mismo.

⁷ Entre 1990 y 2002 se han aplicado de una manera u otra, sanciones en los casos de Iraq, Libia, la ex Yugoslavia, la actual Yugoslavia, Haití, Somalia, Angola, Ruanda, Liberia, Sudán, Etiopía, Camboya,

del derecho como instrumento legítimo de poder, en nombre de las “naciones civilizadas”. Dicho órgano tendría, pues, la potestad de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, “bajo el supuesto de que tiene la responsabilidad primaria del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional (Quesada, 2005: 286).

Con estas precisiones, si se profundiza en el rol que ha jugado el CSONU en la búsqueda de la seguridad de las naciones, muy fácilmente se encontraría un discurso, o más bien, una práctica de flagrantes violaciones a los derechos humanos. Pero en últimas, ¿Quién controla dicho órgano? La respuesta es poco clara, pues es una instancia integrada por las principales potencias mundiales, quienes en ocasiones toman decisiones que son incontrovertibles, haciendo que se generen también sistemáticas violaciones de derechos humanos, desde las mismas instancias que han sido creadas justamente para coadyuvar en su efectiva salvaguarda y promoción. Así, en el seno de las Naciones Unidas, es claro que hay prácticas antidemocráticas y poco justas, que también se pueden advertir y prever, al visualizar el

quehacer del CSONU ante la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional, ya que como se dijo, puede poner en funcionamiento dicho tribunal, en razón de la competencia establecida por el Estatuto de Roma.

Así las cosas, con esta forma en que se utiliza el derecho para justificar actos que el derecho mismo repudia, en la protección efectiva de los derechos humanos, se ha generado desconfianza en la sociedad, lo que lleva a cuestionar no solo la legitimidad, sino también el valor de la justicia en la aplicación del derecho, razones que desdibujan la verdadera función del derecho en la sociedad. Dicho de otro modo, si se pierde la credibilidad en el derecho como orden regulador de la conducta humana, sus preceptos pierden legitimidad al no ser aceptados por el conglomerado social que fielmente ha dado su voto de confianza en la puesta en marcha de la construcción de sociedades democráticas, y en la aceptación de la fuerza del derecho, que cada día se debilita y que pretende fortalecerse por medio del método coercible emanado de las penas.

Como corolario de lo anterior, la pena tratada como herramienta para criminalizar actos que generen cierta peligrosidad, pierde total sentido independientemente del órgano que la emita. Todas estas discrepancias son las que justamente han generado que la sociedad actual se encuentre ante un “nuevo proceso de incriminación, que crea crisis en las instituciones del derecho penal en general y del concepto de bien jurídico en particular. De esta manera, la eterna y siempre actual antinomia entre individuo (garantías) y sociedad (prevención), genera una tensión constante en la doctrina actual

Afganistán, y en años posteriores Sudán, Corea del Norte etc. Y desde el 2006, Irán. Las sanciones han puesto en peligro el derecho a la alimentación, la salud, la educación y, a menudo, el derecho a la vida de cientos de miles de personas, en muchos casos, menores de edad. Consúltese a Gallo Cobian, Virginia, et al. En las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones peligrosas. Biblioteca jurídica virtual del instituto de de investigaciones jurídicas de la UNAM [en línea] <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>. En el mismo sentido, puede consultarse a Amnistía Internacional: Los derechos humanos en Irak ante una nueva guerra. En http://www.mundoarabe.org/derechos_humanos_en_irak.htm.

sobre la legitimación y los fines del derecho penal” (Muñoz, 1985: 124).

Conclusión

Así las cosas, a modo de conclusión, se puede decir que el derecho penal se está construyendo no para combatir necesidades vitales de cualquier sociedad, sino como una herramienta de lucha despiadada y terrorífica que va violentando las garantías para las cuales fue creado, tanto sustanciales como procesales, tanto en el nivel nacional como en el internacional, pues lo que importa es castigar a toda costa por el sofisma de un universo donde impere la “paz”.

Hoy, el llamado es por la reivindicación de la razón del derecho, pero no de cualquier derecho, solo aquel que sea respetuoso de todas las garantías, principios y valores que marcan la esencia de todo orden jurídico vigente y de cualquier ser humano, como personas que necesitamos vivir en paz, sin odio por el otro, sin sed de venganza.

Los derechos humanos deben ser el punto de encuentro y también de llegada para que la desesperanza no inunde la fe de los que aún piensan que se puede vivir en un mundo mejor, sin injusticias y sin desigualdades sociales, donde la vida del ser humano no se simplifique vagamente a una cuestión de poder, donde los seres humanos no seamos marionetas de quienes monopolizan el poder.

El mundo entero pareciera estar ciego frente a lo visible, ya que se busca un orden social justo donde impere la paz, pero ciertamente esto es un ideal inalcanzable, hasta tanto no se intente superar los conflictos que

nos afligen desde siglos pasados. Esto es, las causas que le dan vida al conflicto mismo: hambre, pobreza, marginación, inequidad, discriminación, exclusión social, etc. Todas ellas son coyunturas específicas y problemas de fondo que se han evidenciado desde siempre, y aun así, el mundo sigue su marcha y los problemas estructurales se mantienen y se impone como solución a aquellos un discurso de seguridad, como excusa para actuar en determinados casos con abuso de poder y legitimar ciertas prácticas no propias de Estados que digan catalogarse democráticos.

Por lo anterior, más allá de un discurso por la seguridad nacional, es requisito *sine qua non*, garantizar la seguridad de unos derechos mínimos para que se pueda vivir dignamente como persona, sin la distinción de ciudadanos y enemigos. Por lo tanto, mal hace Jakobs al quitarle la esencia, el valor de personas a ciertos grupos sociales, lo cual excluye y deteriora la esencia de cualquier ordenamiento jurídico, una práctica no acorde con el derecho, por lo cual esta distinción carece de cualquier validez normativa y fáctica, contradiciendo directa y abiertamente la esencia misma de los derechos humanos, situación que cada vez más se integra a los postulados más básicos del derecho internacional, cuando se pretende creer que penar y etiquetar a los individuos es sinónimo de justicia.

Bibliografía

- Foucault, M. (2000). *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Günther, J. & Cancio, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Cuadernos Civitas, THOMSOM-CIVITAS.
- Grosso, S. (2006). ¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto. En Cancio Meliá, M. & Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. España: Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Herrera, J. (2005). *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.
- Maier, J. (2000). Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal. En *Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. El poder penal internacional*. Barcelona: Atelier.
- Mattelart, A. (2009). *Un mundo vigilado*. Barcelona: Paidós.
- Muñoz, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- _____. (2008). *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Paliero, E. (2004). La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. En Muñoz Conde, F., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pastor, D. (2006). *El poder penal internacional. Aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier. Colección Justicia Penal.
- Pastor, N. (2006). *El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro de peligro*. Barcelona: Edicions Universitaries de Barcelona.
- Pérez, A. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.
- Quesada, C. (2005). *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia: Tirant monografías 383, Cruz Roja Española.
- Roxin, C. (1979). El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. En *Doctrina Penal*. Buenos Aires.
- Sanchez, Á. (2004). *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: Tirant monografías.
- Werle, G. (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal* 6. Madrid: Dykinson.
- _____. (2007). El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. En *Torno de la Cuestión Penal*. Buenos Aires: B de F. Recuperado de <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/>
- Riquert, F. & Palacios, L. (2003). El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes. *La Ley, Revista Universitaria*, 5(3), 1-8. Recuperado de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_87.pdf

Recibido: 24/11/2009 • Aceptado: 23/07/2010