

IUS PUNIENDI Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ¿JUSTICIA O ABUSO DEL PODER PUNITIVO?¹

IUS PUNIENDI AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: JUSTICE OR ABUSE OF PUNITIVE POWER?

Rafael Alejandro Mantilla Martínez

Universidad de Pamplona

Rafael.mantilla@unipamplona.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1410-1636>

| 43 |

Juan Sebastián Espinosa Albarracín

Universidad de Pamplona

Juan.espinosa@unipamplona.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9765-2809>

DOI: <https://doi.org/10.24054/pse.v3i2.3203>

Recibido: 01 de octubre de 2024. Aceptado: 21 de octubre de 2024. Publicado: 01 de noviembre del 2024.

.....
Cómo citar: Mantilla Martínez, R. A., & Espinosa Albarracín, J. S. (2024). Ius puniendi y el derecho penal del enemigo ¿justicia o abuso del poder punitivo?. *Revista Presencias, Saberes Y Expresiones*, 3(2), 43 - 60.
<https://doi.org/10.24054/pse.v3i2.3203>
.....



Derechos de autor 202X Revista Presencias Saberes y Expresiones (PSE).

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución – No comercial – Compartir igual 4.0.

Resumen: El presente artículo tiene la doble función de, primero, plantearle al lector la complejidad que existe para la sociedad y el Estado la creación de un derecho penal cumplidor en la encomendada tarea de mantener la seguridad, pero respetando los derechos humanos para todos nosotros, además de cómo, los distintos legisladores y juristas han propuesto infinidad de ideas y conceptos sobre el *ius puniendi* (poder punitivo que tiene el Estado), que resultan interesantes como controversiales, pero con el único fin de crear un sistema de justicia penal idóneo para erradicar el crimen y la violencia. En segundo lugar, la función de hacer una crítica reflexiva acerca del derecho penal liberal contrapuesto con el derecho penal del enemigo (DPE), las cuales son ideas convertidas en teoría del derecho penal, tal como se menciona anteriormente. Del mismo modo, se pretende resolver la pregunta problema: ¿en qué medida el Derecho Penal del Enemigo representa una expansión del *Ius Puniendi* que amenaza los derechos fundamentales del ciudadano en un Estado Social-Democrático de Derecho?

Palabras clave: derecho penal, enemigo, ciudadano, Estado, sociedad, derechos humanos.

Abstract: This article has the dual function of, first, presenting the reader with the complexity that exists for society and the state in the creation of a compliant criminal law in the entrusted task of maintaining security, but respecting human rights for all of us, and how different legislators and jurists have proposed countless ideas and concepts on *ius puniendi* (punitive power of the state), which are interesting and controversial, but with the sole purpose of creating a criminal justice system suitable for eradicating crime and violence. Secondly, the function of making a reflective critique of the liberal criminal law contrasted with the criminal law of the enemy (DPE), which are ideas converted into criminal law theory, as mentioned above. In the same way, it is intended to solve the problem question: to what extent does the Criminal Law of the Enemy represent an expansion of the *Ius Puniendi* that threatens the fundamental rights of the citizen in a Social-Democratic State of Law?

Keywords: criminal law, enemy, citizen, State, society, human rights.

1. Introducción

Este artículo tiene como objeto de investigación revisar en qué medida el Derecho Penal del Enemigo (DPE) representa una expansión del *Ius Puniendi* que amenaza los derechos fundamentales del ciudadano en un Estado social-democrático de derecho desde la observación del texto derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y Manuel Cancio Melia². Para ahondar en este problema se indaga en la literatura científica publicada acerca de derecho penal, derecho penal del enemigo, filosofía del derecho, Estado social de derecho, derechos humanos. La investigación presentada es de carácter cualitativo-propositivo con un enfoque de revisión documental. Se concluye que el derecho penal del enemigo es una herramienta a través de la cual el Estado ejerce de manera desmedida el *ius puniendi* que es la capacidad que este tiene para ejercer coacción contra quienes

¹ Este artículo es producto del trabajo de investigación desarrollado en el Semillero de Derecho Penal: Jurídica-Mente Penal, del Grupo de Investigación de Instituciones-Jurídico Procesales, Filosofía del Derecho y Derecho en la Modernidad – JUPRO, del Programa de Derecho de la Facultad de Artes y Humanidades de la Universidad de Pamplona.

² Jakobs, Günther & Cancio Melia, Manuel. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid. Editorial Civitas, S.A.

él considera que son sus enemigos. Además, se concluye que el uso del derecho penal del enemigo es una expansión indiscriminada del uso coercitivo del Estado que hace más que amenazar los fundamentales de los ciudadanos, si no que los vulnera de forma sistemática y masiva. Este artículo propone una discusión sobre si en realidad debe primar la seguridad e intereses estatales sobre los derechos fundamentales y hasta que medida un Estado social de derecho puede hacer uso de su poder coercitivo (*ius puniendi*).

2. Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo

El derecho penal tiene como una de sus funciones ser un dique de contención del poder punitivo del Estado, porque cuando este se desborda se convierte en genocidio. El derecho penal del enemigo es el desborde desmedido del poder punitivo del Estado, ya que este es utilizado como un instrumento o arma de combate contra los que el Estado considera sus enemigos. “El derecho penal del enemigo no está dirigido a personas, sino a entes peligrosos, y su objetivo no es la resocialización, sino la seguridad preventiva”³. El derecho penal del enemigo plantea el debate sobre la yuxtaposición de la seguridad ciudadana y estatal contra los derechos fundamentales de los que el Estado considera sus “enemigos”, razón por la cual el eje central de este artículo girará en torno a: ¿en qué magnitud el derecho penal del enemigo representa una expansión desmedida del *ius puniendi* que amenaza los derechos fundamentales de los ciudadanos?, ¿cuáles son las principales características del derecho penal del enemigo? y ¿cómo afecta su aplicación a los principios básicos de presunción de inocencia, el debido proceso, derecho penal de acto y proporcionalidad de las penas?

El precursor de la tan cuestionada teoría del derecho penal del enemigo es el jurista y profesor, Dr. Günther Jakobs. El derecho penal del enemigo es el uso del *ius puniendi* para combatir a aquellos quienes el Estado considera sus enemigos, pero ¿quiénes son los enemigos del Estado?, podríamos decir que los enemigos del Estado son aquellos quienes ya no tienen un temor de la pena ya sea cárcel, multa, sanción, inhabilitación o aquellos quienes desde la perspectiva del Estado ya no son rehabilitables y les es imposible convivir en sociedad. Dicho a modo de ejemplo por el jurista Günther Jakobs, aquel que insistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, -en cuanto a un individuo peligroso aparte de la imposición de la pena-, cometer ulteriores hechos, concretamente, bajo la seguridad preventiva. El derecho penal del enemigo busca aislar de la sociedad aquellos quienes realizan injustos de manera sistemática con el fin de mantener la cohesión y el tejido social. Para esto hace uso de una distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Hay que tener en cuenta que desde la perspectiva funcionalista-normativista del profesor Jakobs los hechos no son cosas aisladas, sino que más bien por el contrario son un mensaje dotado de significación para la sociedad, la persona que realiza un delito no hace solo esto sino que también envía un mensaje, y es el de que la configuración que él tiene del mundo es la correcta, pero la norma a través de la coacción esgrimida por medio de la pena demuestra que tal afirmación es irrelevante.

³ Jakobs, Günther & Cancio Melia, Manuel. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid. Editorial Civitas, S.A.

“Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario.” (Jakobs 23), el derecho y noción de lo que es el derecho lo delimita la sociedad. Por ejemplo, para Immanuel Kant el derecho es un imperativo categórico⁴ que debe regir para todos, él considera que la función de la pena es retributiva en un sentido del talión, comúnmente conocido más bien como el ojo por ojo. Por el contrario, para autores como Hegel, la connotación que se tiene del derecho resulta distinta, puesto a que para él el injusto o delito es la negación del derecho, la pena es la negación del injusto que negó a el derecho, lo que genera a posteriori que la pena sea la que restablece y reconfirma el derecho. No obstante, es menester tener en cuenta que según el momento histórico en que se encuentren las sociedades puede variar su concepción del derecho y de la pena. El derecho penal del enemigo es una noción moderna de derecho penal que distingue a los ciudadanos que son leales a la norma, -por ejemplo: El conductor que respeta las normas del tráfico rodado- de aquellos para los cuales el ordenamiento jurídico no tiene ningún significado (los enemigos). ¿Pero qué puede hacer el Estado con aquellos que considera sus enemigos? La solución que plantea esta teoría es aislarlos y mantenerlos distanciados de la sociedad porque quien no puede adherirse al contrato social tampoco podrá gozar de sus beneficios⁵.

Autores como Von Liszt consideran que la pena también tiene la función de inocuización del delincuente no susceptible de corrección; lo que traduce en un derecho penal de autor donde se sanciona al delincuente antes de que cometa una acción (delito). Fichte menciona que aquel que abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano y pasa a un estado de ausencia completa de derecho⁶.

Para Hobbes el hombre es un lobo para el hombre, él es un partidario del contrato social que define al ciudadano, y cuando el ciudadano no puede respetar ese conjunto normativo que lo haga ser como tal, no puede pertenecer a la sociedad. El derecho penal del ciudadano previene, mantiene la vigencia de la norma y el derecho penal del enemigo previene peligros (Jakobs 31). En el contrato social al cual están adheridos los ciudadanos, el derecho penal se debe encargar de garantizar un mínimo de prerrogativas y garantías que estén encaminadas a proteger a los “ciudadanos” quienes gozan de derechos y obligaciones. Dentro de esta perspectiva del contrato social el derecho penal y precisamente la pena cumplen un rol protector y restaurador del tejido social lo que traduce en que todo procesado tiene derecho a un juicio con unas garantías y una pena proporcional.

Esto acarrea a que la acción penal perseguida por el Estado se vea limitada a garantías como el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. El derecho penal del ciudadano se dirige a personas que aceptan la validez del ordenamiento jurídico y aceptan sus reglas. Aquí la función del concepto de derecho penal es garantizar la convivencia en la sociedad bajo el

⁴ Kant, Immanuel. (1993). *La Metafísica de las costumbres*. Ediciones Altaya, S.A.

⁵ Rousseau, Jean-Jacques. (1959). “*Staat und Gesellschaft*”. Goldmann’s Gelbe Taschenbücher Editorial.

⁶ Fichte, Johann Gottlieb. (1994). *Fundamento del derecho natural según los principios de la Doctrina de la Ciencia*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales Editorial.

respeto de los derechos fundamentales⁷. Por el contrario el derecho penal del enemigo se aplica a quienes no aceptan las reglas del sistema normativo, en contra de aquellos que no aceptan la validez del sistema normativo o atentan de manera sistemática contra él, en este contexto no se les puede tratar en cuanto a ciudadanos en derecho porque no se adhieren a él, lo que justifica un actuar del Estado con menos garantías, penas estrictas, restricciones más severas y en ciertas ocasiones una disminución sistemática de derechos fundamentales. “El enemigo es aquel que no ofrece garantías de un comportamiento conforme a derecho, se le combate no por lo que ha hecho sino por lo que va a hacer.” (Jakobs).

El derecho penal del ciudadano está orientado a proteger los derechos y garantías de las personas, mientras que el derecho penal del enemigo – definido en parte como expresión más explícita del expansionismo punitivo contemporáneo – busca aislar a aquellos considerados como enemigos, comprometiendo seriamente el equilibrio entre la seguridad y la libertad. La concepción de derecho penal del enemigo genera una discusión interesante en cuanto hace que se plantee la siguiente pregunta ¿Hasta qué punto debe ir el Estado cuando se ve la necesidad de salvaguardar sus intereses?, El límite que tiene el Estado para combatir a sus “enemigos” es donde el derecho penal de ciudadano empieza a asemejarse al derecho penal del enemigo. El poder punitivo debe estar regido por unos principios que deben ser acatados por los Estados sociales y democráticos de derecho con el fin de que se salvaguarde la dignidad y derechos humanos “derecho penal del ciudadano”. Cuando el Estado cruza el límite que define el derecho penal del ciudadano se convierte en derecho penal del enemigo, donde el Estado abusa del poder punitivo, distorsiona las garantías y prerrogativas constitucionales, lo que convierte a la administración de justicia en un instrumento de represión arbitraria.

El derecho penal del enemigo considera que un individuo que no sabe vivir en sociedad no puede gozar de los beneficios que esta le ofrece, lo que se traduce de ello es que tanto la parte sustantiva como la procesal le darán un tratamiento especial al autor donde no se le juzga por lo que hace sino por lo que puede llegar a hacer, en ese contexto es importante preguntarse ¿Es compatible el derecho penal del enemigo con los Estados sociales y democráticos de derecho? El derecho penal del enemigo no juzga a las personas por sus actos, sino que ejerce una seguridad preventiva contra aquellos quienes considera que no respetan la norma y cometieron ilícitos, pero ¿cómo identifica quienes son estos sujetos?, lo hace a partir de axiomas u imaginarios sociales que se transforman en derecho penal de autor, excluyendo y segregando a las clases sociales que se encuentran en vulnerabilidad debido a que estas clases sociales cuentan con uno o unos de los estigmas que utiliza el Estado para diferenciarlos. “El derecho penal del enemigo implica una criminalización preventiva que legitima la exclusión de los de los sectores vulnerables, bajo el pretexto de la seguridad”⁸.

El Estado social y democrático de derecho se caracteriza por el imperio de la ley, los derechos fundamentales, la democracia y la separación de poderes, de esta manera busca que el Estado tenga unos valores y principios que garanticen el respeto de los derechos individuales como colectivos. Por otro lado, dentro de la

⁷ Jakobs, Günter. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá. Cuaderno de conferencias y artículos, U Externado de Colombia.

⁸ Zaffaroni, Raúl Eugenio. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

normatividad penal el Estado social y democrático se caracteriza principalmente por un debido proceso, un derecho penal de acto, un principio de legalidad, principio de materialidad, garantías procesales, proporcionalidad de las penas y reinserción social. “El derecho penal del enemigo no puede coexistir con un Estado social y democrático de derecho, ya que se transforma al individuo en un objeto de represión, negándole su calidad de persona, en cuanto a titular de derechos. Esto implica un quiebre al principio de dignidad humana que debe prevalecer en cualquier democracia”⁹. El derecho penal del enemigo es incompatible con los actuales Estados sociales de derecho porque es contrario a sus principios, no comparte sus preceptos, no busca la reinserción social, sino la segregación social que termina convirtiéndose en un apartheid punitivo.

Como lo infería Beccaria en su tratado de *“Dei delitti e delle pene”*, las penas, en lugar de ser una venganza, deben tener por objeto la prevención del delito, la seguridad de la sociedad y la educación del delincuente¹⁰. En un Estado social y democrático de derecho la pena no se debe ni puede convertirse en el arma de venganza del Estado porque si no este deja su esencia atrás y deja de serlo, en un Estado fundamentado en el principio de la dignidad de la persona humana la pena no puede transmutar en un instrumento de terror y barbarie. Por el contrario, las penas deben tener en cuenta ese principio de la dignidad de la persona humana donde el Estado a través de la pena no busca reiteración o venganza contra el individuo, sino que por el contrario busca su reeducación, la reinserción social y la responsabilidad. Los actuales Estados de derecho tienen una gran responsabilidad en cuanto al uso y la cantidad en que le da al *ius puniendi* (el poder coercitivo que tiene el Estado) la administración responsable y justa de esa legitimación que tiene el Estado para ejercer la fuerza a través de la pena así sea cárcel, ejecuciones extrajudiciales, tortura, multa, sanción, porque cuando este se desborda se convierte en genocidio. Un claro ejemplo de esto es nuestro país Colombia, el cual en búsqueda de una “Seguridad Estatal” realizó una vulneración sistemática a los derechos humanos de los ciudadanos. Pero, el gran problema del derecho penal del enemigo es que siempre termina transgrediendo la integridad de los que él mismo considera sus ciudadanos.

El derecho penal del enemigo es incompatible con los actuales Estados sociales y democráticos de derecho, pero esto no ha impedido que los Estados lo utilicen dentro de sus legislaciones. Los Estados de manera muy discreta dentro de sus respectivas legislaciones han tramitado normas que aparentan ser de leyes de seguridad nacional pero que en realidad son una aplicación discreta del derecho penal del enemigo. Razón por la cual es menester hacer una revisión de algunos marcos normativos en el mundo para observar el desarrollo que se ha dado del denominado derecho penal del enemigo.

3. Revisión Legislativa y Jurisprudencial sobre el Derecho Penal del Enemigo.

Los legisladores, en nombre del marco jurídico-normativo de sus respectivos países, se han planteado y posteriormente ejecutado, la creación de leyes bajo

⁹ Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, S.A.

¹⁰ Beccaria, C. (2021). *Tratado de los delitos y de las penas*. Bogotá. Editorial Skla.

la perspectiva propia de lo expresado en el concepto del derecho penal del enemigo. Ahora, antes de hacer énfasis en la normatividad o la jurisprudencia que evoca dicho concepto, es menester hacer la aclaración de la funcionalidad de ese derecho penal del enemigo del que trata este artículo; pues tal expresión fue formulada con la intención de crear un derecho extra para aquel que resulta siendo fuente de peligro por vulnerar derechos fundamentales, al cual ya le resulta difícil, cognitivamente, poder entender el daño social que está creando. A ellos, el derecho penal del enemigo los denomina una especie de “no personas”, incapaces de resarcirse por medio del derecho penal, y, debido a eso, deben ser llevados por un derecho penal del enemigo sin garantías. Por lo tanto, su re inserción en la sociedad se convierte en un propósito tan complejo que ya no puede corregirse mediante el mero derecho penal, porque su conducta termina siendo tan dolosa que no resulta suficiente el sistema común del derecho penal y del procedimiento penal, generando así que se plantee, casi necesariamente, la creación de otro sistema (el derecho penal del enemigo) para que le hable y trate directamente al delincuente de la conducta punible; lo que implica la aplicación de una prevención especial negativa (que cosifica al delincuente) del derecho penal y de la pena.

El derecho penal del enemigo tiene la finalidad de extinguir todos los actos delictivos que vulneran severamente los bienes jurídicos del Estado y para poner de presente cómo es la relación entre la aplicación de esta expresión del DPE y el aparato legislativo, existen varias leyes, como por ejemplo la ley federal contra la delincuencia organizada en México¹¹, la ley alemana “*Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*” (Ley para Combatir el Terrorismo Internacional)¹²: ley que permite la detención preventiva de sospechosos de terrorismo, reflejando un enfoque preventivo y de neutralización de amenazas, y también, la ley colombiana contra los delitos de narcotráfico y enriquecimiento ilícito, el cual, según en palabras de la corte constitucional de Colombia, es un delito que compromete el futuro de la sociedad y la existencia del Estado¹³. Estos delitos no solo afectan a individuos, sino que tienen un impacto profundo y destructivo en la estructura social, económica y política del país, y por ello, para mantener la seguridad de la sociedad y del Estado, se hace pertinente que para ciertas situaciones o conductas se creen normativas que, en esencia, se desprendan de las ideas del Derecho Penal del Enemigo.

Una ley que encuentra su justificación en el DPE y que es aplicada en varios países con naturalidad, es la ley de la extinción de dominio, encontrada en Alemania como la “*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*”¹⁴ o Ley de Reforma de la Confiscación de Activos Penales, cuyo fin es permitir la confiscación de bienes adquiridos mediante actividades ilícitas sin necesidad de una condena penal previa, similar a la extinción de dominio en Colombia, que a través de la ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio)¹⁵, permite la extinción de dominio de bienes adquiridos mediante actividades ilícitas sin necesidad de una condena penal previa. La extinción de dominio se puede aplicar independientemente de la responsabilidad penal del propietario de los bienes¹⁶, lo que refleja una lógica de prevención y neutralización de amenazas, o

¹¹ Ley federal mexicana. *Por medio la cual se expide la ley federal contra la delincuencia organizada*. 7 de noviembre de 1996.

¹² Ley alemana “*Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*”. Por medio del cual se expide y regula la lucha contra el terrorismo internacional. 9 de enero de 2002.

¹³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-030/06. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS; 16 de enero de 2006.

¹⁴ Ley alemana “*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*”. Por medio del cual se expide la ley de reforma de la confiscación de activos penales. 1 de julio del 2017.

¹⁵ Código de extinción de dominio [CED]. Ley 1708 de 2014. 20 de enero de 2014 (Colombia).

¹⁶ Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Artículo 4°. 27 de diciembre de 2002.

sea, al mejor estilo del DPE. En ese contexto, las leyes mencionadas permiten la implementación de medidas que, en circunstancias normales, serían vistas como violaciones a los derechos humanos.

Además de las leyes anteriores, hay una más que alberga en su contenido uno de los temas más controvertidos que plantea el Derecho Penal del Enemigo, la pena de cadena perpetua, esta Ley es la 2098 del 6 de julio del año 2021 por medio de la cual se buscaba reglamentar la prisión perpetua revisable y otras disposiciones, sin embargo, no se hablara más de ella sino hasta más adelante en el presente artículo.

3.1. Enfoque jurisprudencial

Para continuar con la temática de cómo se da la aplicación del DPE en el aparato judicial y social de un Estado, existe jurisprudencia que involucra medidas drásticas hacia aquellas personas que son vistas como peligrosas, una de estas sentencias es por ejemplo, la C-407 del 2020 de la Corte Constitucional de Colombia, que se pronuncia acerca de una expansión punitiva de la pena en delitos sexuales a menores de 18 años¹⁷, y así mismo, menciona una ley (la ley 1918/18) en la que se busca inhabilitar laboralmente a personas con antecedentes de delitos sexuales de esta categoría¹⁸. Este régimen de inhabilidades cosifica al reo y lo obliga a ser aislado de la sociedad, generando así su muerte en vida, su muerte como ciudadano con igualdad de derechos y deberes. La gravedad de ello recae en que estas personas serán rechazadas y aisladas, no por el aparato judicial penal, pues una vez cumpla su pena, habrá exculpado su conducta punible con el derecho, sino con todas las personas que conviven en sociedad, porque con ellos jamás será absuelto de sus culpas ni mucho menos encontrara redención en la comunidad porque la gente no olvida cuando se les ha herido, y por ello, piensa y actúa con mano propia, sin ningún criterio sobre dignidad humana u oportunidad, porque sienten que de ellos depende únicamente reparar la sociedad, como si creyeran que este sistema de justicia penal les ha fallado en esa función de restablecer el Estado social de derecho.

Como se mencionaba en el apartado anterior, sobre la visión kantiana del derecho penal y de la pena, -que consiste similarmente con el principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma impone un castigo que se identifica con el crimen cometido, obteniendo la reciprocidad de los actos cometidos, ej. el que mata, debe morir.- podemos igualarlo con el problema jurídico de la sentencia C-407/2020 sobre la ley 1918/18, que busca crear un régimen de inhabilidades por delitos sexuales, argumentando que aunque prime la dignidad humana y se desacrediten este tipo de medidas punibles (la cadena perpetua o en este caso, el régimen de inhabilidades) puesto a que afecta uno de los fines primario de la pena, (resocializar y recomponer), resulta contradictorio, pues aunque habla de no ser desmedidas con la cadena perpetua por ir en contra de la dignidad humana, si establece una restricción definitiva al reo, una inhabilidad que lo cosifica, que lo acosa y crea desprecio hacia él al aislarlo de cualquier esfera social, luego de vislumbrar esto ¿qué dignidad humana habrá en este escarmiento de ser

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-407/20. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS; 16 de septiembre del 2020.

¹⁸ Ley 1918 de 2018. Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2018.

despreciado por toda una sociedad? No la hay, entonces, ¿es más humano morir dignamente? Ello tampoco parece ser una respuesta razonable, pues se tiene muy demonizado el concepto de la muerte.

En otra sentencia de la Corte Constitucional, identificada con el número 294/21, se trató sobre una acción de demanda en contra de la ley 2098 del 2021 -que reglamenta la prisión perpetua revisable y reforma los códigos penales-penitenciarios del país¹⁹- y contra un acto legislativo del año 2020 que buscaba modificar el artículo 34 de la constitución política que suprime la prohibición de imponer pena inhumana como es el caso de la cadena perpetua y demás disposiciones. Estos actos legislativos fueron demandados pues se argumentó que violaban los principios garantistas y de dignidad humana que deben imperar en el sistema de poder punitivo que tiene un Estado de Derecho. La Corte resolvió declarar inexecutable una parte este acto legislativo, pero, estableció que se siguiera considerando la prisión perpetua revisable, pues, aunque es poco o nada garantista, y afecta esa prevención especial positiva de la pena que exige un Estado social de derecho, hizo la acotación de lo siguiente:

Quisiera recordar que en el Estado colombiano no existe una forma única de derecho penal, ni una concepción única de la resocialización. La Constitución Política defiende un pluralismo jurídico y actualmente coexisten en Colombia sistemas igualmente válidos. Estos prevén distintas maneras de abordar el conflicto y proponen distintos fines en torno a la imposición de penas, remedios u otras medidas para resolver los conflictos sociales; pero es posible observar que los más relevantes guardan un parecido familiar notable con el fin resocializador de la pena. (Sentencia de Constitucionalidad C-294, 2021).

Antes de continuar con el enfoque que toma la jurisprudencia colombiana hacia el Derecho Penal del Enemigo, hay que hacer la aclaración de lo que es la prevención especial positiva o negativa de la pena. La prevención especial positiva busca resocializar al reo y reintegrarlo a la sociedad, mientras que, la prevención especial negativa lo cosifica y aísla sin procurar su rehabilitación²⁰; Claro lo anterior, se continuará hablando de la jurisprudencia sobre el DPE.

Para concluir con el planteamiento que hacen los jueces respecto al uso del Derecho Penal del Enemigo, tenemos por último, como ejemplo, la sentencia SP 3573/22 de la Corte Suprema de Justicia, que habla en parte sobre una violación al procedimiento policial y penal, pues se interrogó a un sujeto sin tener formalmente la calidad de parte de una proceso penal, lo que es conocido como interrogatorio por *Ardid* el cual consiste en interrogar a un indiciado o a alguien sin siquiera tener esta calidad, como interrogar a un civil cualquiera. Esto ocurrió luego de que un agente de la policía le solicitara identificarse a un hombre que hacía parte de las barras bravas de un equipo de fútbol, y que estaba indiciado por un delito de homicidio agravado. Tal identificación se realizó con el fin de apoyar el plan metodológico que la fiscalía estaba llevando sobre el indiciado, debido a que solo distinguían al sujeto por su apodo, pero, que, al pedirle su

¹⁹ Ley 2098 de 2021. *Por medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el código penal (ley 599 de 2000), el Código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), el código penitenciario carcelario (ley 65 de 1993) y se dictan otras disposiciones, ley Gilma Jiménez.* 6 de julio de 2021.

²⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-275. M.P. AQUILES ARRIETA GOMEZ; 28 de abril de 2017.

identificación en la calle, labor que hizo el agente de policía, se logró obtener el nombre real de esta persona para continuar con el proceso. A raíz de ello, se postuló el denunciar la manera en que se le “saco información” al hombre sospechoso, pues su defensa alegaba varias cosas, como, la violación a la garantía por exhibición de documentos, el derecho a la no autoincriminación y que se le interrogará sin un procedimiento de por medio. Al final de este problema jurídico, la corte resolvió que, el solicitar un simple documento de identificación no violaba ninguna garantía sobre la no autoincriminación o la exhibición de documento, pues no se le obligó ni coaccionó al sujeto para que se identificara, sino que lo hizo por voluntad propia ante la solicitud del agente de policía, razón por la cual no hay causal de violación al procedimiento, porque el pedir la identidad de una persona no pertenece a algo de naturaleza reservada, pues esto es considerado como un mero trabajo de rutina²¹. En cuanto al interrogatorio por *Ardid*, la doctrina alemana la condena porque la considera una violación a la garantía de la no autoincriminación y pide no se tenga en cuenta ni se valore este tipo de medio probatorio²², sin embargo, la corte suprema de justicia del caso mencionado en la sentencia SP 3573/22, desconoce la teoría de la doctrina alemana, pues argumenta que en principio ni siquiera existió un interrogatorio por *Ardid*, porque lo único que se hizo fue una simple solicitud de identificación y de documento.

4. Una Visión Global

Un ejemplo claro de un país donde se utiliza el derecho penal del enemigo es El Salvador, en dicho país el concepto de derecho penal del enemigo es dirigido contra las pandillas. En el mencionado país la lucha del Estado contra sus “enemigos” tiene una postura punitiva de derecho penal de autor donde se juzga si alguien es un delincuente por sus tatuajes o rasgos como se hacía en las épocas de Lombroso, quien consideraba que al delincuente se le podía diferenciar por sus rasgos. Otras características que permiten inferir que en ese país se practica el derecho penal del enemigo son: el endurecimiento de las penas y la disminución de las garantías procesales. Con el Estado de excepción declarado por Nayib Bukele en marzo de 2022 la persecución de la acción penal es carente de un gran bagaje de garantías como lo es la presunción de inocencia que en algunos procesos es prácticamente inexistente. El Salvador es modelo de cómo el derecho penal del enemigo vulnera sistemáticamente derechos humanos con la excusa de la seguridad ciudadana.

No obstante, es menester tener en cuenta que no en todos los casos el derecho penal de enemigo se ve de la forma de El Salvador, muchas veces este puede estar presente de una forma más discreta pero no pasa desapercibido. Como lo es el caso de Estados Unidos con la ley USA PATRIOT (Ley patriota) la cual nació a raíz de los ataques terroristas del 9/11 en el año 2001 contra las torres gemelas lo que generó en Estados Unidos una gran alerta. Esta ley promovió una lucha contra el terrorismo, también le otorgo al Estado una gran cantidad de facultades de vigilancia, redujo en gran medida las garantías frente a los presuntos terroristas, se desconoció la presunción de inocencia, se robustecieron las penas y se permitió la detención indefinida de los presuntos terroristas. En lo promovido

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia* SP 3573/22. M.P. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN; 21 de octubre de 2022.

²² Muñoz Conde, F. (2009). De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Revista Penal*, n.º 23. — enero 2009. Universidad de Huelva Editorial.

por la Ley Patriota en Estados Unidos se puede observar como la lucha contra el terrorismo y la promoción de la seguridad estatal se entremezclan y crean la receta perfecta para ejercer su poder coercitivo de manera desmedida.

Cuando los Estados usan desmedidamente el poder coercitivo del cual están legitimados se convierte en un instrumento de muerte, un ejemplo claro de esto es Colombia. En el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se impulsaron una serie de políticas de seguridad ciudadana las cuales tenían por objeto promover y facilitar la lucha que tenía el Estado en contra de los grupos armados al margen de la ley, especialmente contra Las FARC-EP. Allí se promovieron una serie de estigmatizaciones contra estos grupos como la reducción de sus garantías procesales y la militarización de la justicia lo que dio a pie a la existencia de ejecuciones extrajudiciales (falsos positivos). Con lo anteriormente mencionado, Colombia se muestra como otro claro ejemplo de cómo el abuso del *ius puniendi* y el derecho penal del enemigo puede vulnerar de manera sistemática los derechos humanos de los ciudadanos, llegando incluso hasta a quitarles la vida. El abuso del poder coercitivo del Estado siempre se camufla de seguridad y búsqueda de garantía de derechos para los ciudadanos, pero lo único que deja es una sociedad herida, resentida, en búsqueda de verdad y reconciliación.

En Alemania la lucha contra el terrorismo estuvo teñida en cierta medida por el uso del derecho penal del enemigo. Las leyes promulgadas por Alemania estuvieron teñidas por una serie de limitaciones de derechos contra grupos terroristas como sus garantías procesales junto con la aprobación de medidas fuertes en contra de presuntos terroristas como la expulsión o la detención preventiva prolongada. Además, la promulgación de la ley de Seguridad de la Información (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*) que permite la vigilancia y la interceptación de comunicaciones junto con el discurso político de algunos sectores de la política alemana sobre la lucha contra el terrorismo.

La propuesta de Jakobs ha encontrado eco en la legislación alemana. La diferenciación entre ciudadanos y enemigos refleja una tendencia preocupante hacia la creación de un derecho penal excepcional, en el que los ciudadanos no tienen acceso a las mismas garantías que el resto de los ciudadanos²³.

Los ejemplos mencionados anteriormente muestran como el derecho penal del enemigo está o se ha presenciado en muchas de las latitudes de occidente. Los Estados utilizan situaciones como el terrorismo, la seguridad ciudadana para promover toda clase de abusos de poder, represión y vulneración de derechos fundamentales. La búsqueda de justicia por parte de los Estados deber ser idónea con los medios que utiliza, porque cuando hay una grosera inidoneidad entre el medio y la causa, la persecución de acción penal es carente de sentido porque no restablece el tejido social, sino que lo resquebraja aún más.

²³ Sánchez Botero, P. (2005). *Teoría del derecho penal del enemigo y su influencia en el derecho penal contemporáneo*. Editorial Temis.

5. Crítica y Reflexión Ética

Las guerras que azotaron al mundo en la primera mitad del siglo XX hicieron que se cuestionara la forma en la que se pensaba el Derecho e hizo que se buscaran sistemas donde primen los derechos humanos y la dignidad. Los derechos humanos tienen como fin ser las máximas garantías que se le otorga al ser humano por su condición, ya que la historia ha permitido inferir que cuando se desconocen esas mínimas garantías, se desconoce al humano y se le convierte en un objeto. El derecho penal del enemigo es justamente eso, convierte al ser humano en un objeto, en un objeto de ira y venganza por parte del Estado, ya que esta descarga de manera desmedida su poder coercitivo, su gran fuerza de levitación arrebatándole todas sus mínimas y máximas garantías en un encuentro que de por sí ya es desigual, ¿Qué legitimidad tiene el juicio cuando se le desconoce al individuo todas sus garantías? ¿Es legítimo un Estado que usa su poder coercitivo de esa forma? En un Estado donde se practica el derecho penal del enemigo se ignoran los principios democráticos y esto implica una tendencia hacia la represión.

En un Estado donde primen los derechos humanos y la dignidad no es justificable de ninguna manera cualquier clase de aplicación del derecho penal del enemigo porque este discrepa totalmente de sus principios y valores. Los derechos humanos buscan la dignidad humana, la resocialización, el derecho penal de acto, la proporcionalidad y la presunción de inocencia mientras que por el contrario el DPE busca castigar de manera que no es proporcional, no respeta las garantías de presunción de inocencia, *pro homine*, la dignidad humana, castiga por las características o antecedentes, no por hechos concretos y hace una distinción entre ciudadanos y enemigos que de toda forma es incompatible con la declaración americana de derechos humanos. El derecho penal plantea discusiones éticas y jurídicas, una de ellas es la incompatibilidad que hay entre derecho penal del enemigo en el sistema liberal ¿seguridad o libertad?

6. Incompatibilidad del DPE con el Derecho Penal Liberal ¿Seguridad o libertad?

En los últimos años de avance en materia penal y de derechos, se ha creado un dilema social-jurídico el cual involucra una lucha de dignidades, derechos humanos y la primacía de la seguridad colectiva en la sociedad, que, de resolverse, encontraría la solución para constituir una sociedad civilizada que actúe conforme a los buenos principios. Este dilema se da entre un derecho penal garantista que no restringe el concepto de libertad bajo ninguna circunstancia, -el cual funciona en la mayoría de los países democráticos por ir alineado con los derechos humanos-, y entre un derecho penal severamente retributivo, como es el caso del Derecho penal del Enemigo. Ambos sistemas mencionados, ofrecen visiones y soluciones distintas a la criminalidad, pero también tiene sus fallas, ni la una ni la otra resultan perfectas para configurar una utopía sin crimen alguno, porque las acciones y las conductas de los seres humanos son tan subjetivas, tan complejas, que no pueden pretender ser controladas como si se tratara de animales. Entonces, así

las cosas, observando tal dilema desde un punto racional y humanista, resulta preferible el derecho penal liberal-moderno, que aunque imperfecto, ofrece respeto, aunque a veces éste verse sobre la seguridad, pero, desde un punto de vista más conservador y que quizá infringe los derechos humanos, tenemos el derecho penal del enemigo, que, aunque está alejado de una sociedad liberal y moderna, prima sobre todo el conservar la seguridad de la sociedad y del Estado.

Un punto a favor del Derecho Penal del Enemigo, es que su cosmovisión está centrada en eliminar o extinguir todo lo que sea peligroso, regulando actos futuros a través de la percepción kantiana de prever todas las dimensiones en que algo o alguien pueda resultar siendo peligroso. Esta teoría de prevención futura resulta interesante en cierta medida, puesto a que pretende erradicar todo acto violento yuxtapuesto al derecho penal. Immanuel Kant, filósofo prusiano de la época de la ilustración, contiene en sus ideales, cierta alineación con las postulaciones del DPE, pues él planteaba que había que protegerse del enemigo y una manera de hacerlo era exigiendo la separación de los delincuentes de los demás ciudadanos que sí respetan la sociedad ordenada. Su punto de referencia está centrado en vislumbrar todas las dimensiones o posibilidades de peligro que puedan generar o poner en peligro la existencia de la sociedad y del Estado y no tanto el daño de la vigencia de la norma alterada. Para empatar esta teoría con la de un Estado humanitario y garantista se tendría que pensar en un sistema de derecho penal con fragmentos propios del derecho penal del enemigo pero regulado y limitado, como punto medio del manejo de las políticas criminales, donde, aunque se mantienen concepciones cuestionables, no predicarían el excluir completamente al reo, siempre y cuando tenga la garantía cognoscente de no volver a actuar desvirtuando los principios. Repensar quizá el uso categórico de la palabra “enemigo” para dirigirse a aquel que quebranta la armonía social o las normas de valoración, por el factor de que sigue siendo un ser humano, y como tal está arraigado en igualdad de derechos a la sociedad, porque de lo contrario, sería entonces, enemigo de todas las personas, y ese calificativo está muy alejado de un mundo digno de derechos humanos y racional.

| 56 |

Para cerrar el apartado del dilema entre el sistema de derecho penal liberal y el sistema de derecho penal del enemigo, hay que poner el énfasis en el propósito de ambos, cuya finalidad recae en la misma cosa: evitar que se produzcan actos dolosos contra bienes jurídicos de otra persona según la teoría finalista del jurista alemán Hans Welzel. Sin embargo el Derecho Penal del Enemigo no es compatible con los principios del Derecho Penal Liberal y moderno, que se basan en el reconocimiento del hombre como persona y el respeto irrestricto de su dignidad²⁴, por lo cual el panorama hacia el futuro del derecho penal y del procedimiento penal aún tiene asuntos que arreglar, con el fin de equilibrar la balanza entre la seguridad social de las personas y el Estado, y la garantía de respetar los derechos humanos, pues no por ser “enemigo”, deja de ser ciudadano.

²⁴ Velásquez, F. (2020). *Derecho penal: parte general*. Bogotá. Editorial Tirant lo Blanch.

7. Conclusiones

Los Estados, a través de sus sistemas penales, pueden ver al autor de un ilícito como un ciudadano que cometió un error del cual puede arrepentirse y corregir, o como un individuo que ha perdido su condición de ciudadano, privándolo de su dignidad y derechos mediante su aseguramiento preventivo en pro de la seguridad. El Estado tiene los caminos anteriormente descritos, pero aquel que opta por el derecho penal del enemigo, opta por la represión, la excesiva coacción, aislando y segregando a una parte de la población que considera es su enemiga. Este modelo de derecho penal no tiene cabida en ningún Estado social de derecho ya que va en contravía de los derechos humanos.

El derecho penal del enemigo es el uso del *ius puniendi* para combatir a los enemigos usando como excusa la legitimidad que tiene el Estado para perseguir la acción penal. Kant afirmaba que el Estado tiene un poder sobre el autor y la víctima, pero ese poder que tiene el Estado sobre las partes intervinientes en el conflicto no es indiscriminado sino que debe ceñirse bajo una serie de reglas y de pautas, el uso del poder coercitivo del Estado debe estar delimitado por un bagaje de derechos y garantías que protejan al ciudadano del poder indiscriminado del leviatán que siempre se encontrará en una posición superior a la del individuo. El derecho penal del enemigo es el desconocimiento de los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y el Estado social de derecho. Los Estados que se consideran sociales y democráticos de derecho no pueden aceptar un modelo de este tipo en su país ya que este no respeta las garantías constitucionales como la presunción de inocencia, la *in dubio pro reo*, *pro homine*, el derecho penal de acto y no guarda una debida proporcionalidad con las penas.

El derecho penal del enemigo además de ser una herramienta del Estado lo es también de los políticos de turno ya que estos a través de la estigmatización, la segregación de ciertos grupos y el populismo punitivo crean estrategias para aumentar sus votos haciendo del derecho penal un símbolo. El derecho penal simbólico no se encarga solo de juzgar ciertos hechos, sino que se empeña en señalar a un tipo específico de autor. Este autor es denigrado y estigmatizado por la sociedad, que no lo percibe como un igual, sino como un "otro". El derecho penal del enemigo deshumaniza a la persona, le arrebató su calidad de sujeto de derecho, lo transforma en un instrumento contra el cual desata su furia y realiza su venganza.

Distinguir a ciudadanos de enemigos es ofrecerle a cada grupo un trato especial para la ley lo cual atenta contra el principio de igualdad que debe regir a todos los Estados sociales y democráticos de derecho. Distinguir entre ciudadanos y enemigos es una forma de apartheid jurídico en el cual no se distingue quienes son "ciudadanos" y quienes son enemigos porque la línea que separa al uno del otro es difusa. La historia ya ha demostrado que siempre que se intenta hacer una distinción entre los unos y los otros termina en una barbarie.

Los ejemplos de los países dados con antelación permiten concluir que el

derecho penal del enemigo siempre se camufla con fines altruistas como lo son la seguridad estatal o ciudadana, la protección de los bienes de los ciudadanos, etc. Pero que en realidad esta percepción del derecho se inserta en lo más profundo de los aparatos estatales-legislativos distorsionando el espíritu del Estado social y democrático de derecho para convertirlo en un vengador que expulsa su poder de manera indiscriminada contra sus ciudadanos. El caso de Colombia es un claro ejemplo de cómo la aplicación desmedida e irrisoria del *ius puniendi*, transforma las sociedades dejando un legado de muerte, tristeza, incertidumbre y naciones desgarradas en búsqueda de reconciliación.

El derecho penal del enemigo es incompatible con el Estado social y democrático de derecho porque desconoce la dignidad de la persona humana, criminaliza el riesgo, desconoce los derechos humanos y olvida la función resocializadora de la pena. La desigualdad ante la ley, la vulneración de los derechos que produce la distinción entre “ciudadanos y “enemigos” desdibuja el Estado social de derecho y lo transforma en tiranía. Las sociedades modernas tienen una labor muy importante y es replantearse cuál es la función que cumple la pena dentro de la misma y si en realidad a través de esta pena, ella misma (la sociedad) se “arregla”. Marco Tulio Cicerón decía que cuando un pueblo tiene buenas costumbres sus leyes son sencillas y tal vez es ello a lo que debemos aspirar las sociedades de hoy día, a crear una sociedad con mejores costumbres y no una sociedad con más delitos que contengan penas irrisoriamente altas.

8. Referencias

Beccaria, C. (2021). *Tratado de los delitos y de las penas*. Bogotá: Editorial Skla.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-030/06, M.P. Á. Tafur Galvis, 16 de enero de 2006.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-407/20, M.P. J. F. Reyes Cuartas, 16 de septiembre de 2020.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-294/21, M.P. C. Pardo Schlesinger, 2 de septiembre de 2021.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-275/17, M.P. A. Arrieta Gómez, 28 de abril de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3573/22, M.P. M. Ávila Roldán, 21 de octubre de 2022.

Código de extinción de dominio [CED], Ley 1708 de 2014, 20 de enero de 2014 (Colombia).

Fichte, J. G. (1994). *Fundamento del derecho natural según los principios de la Doctrina de la Ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales Editorial.

Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jakobs, G., & Cancio Melia, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Kant, I. (1993). *La Metafísica de las costumbres*. Ediciones Altaya, S.A.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 7 de noviembre de 1996 (México).

Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus [Ley alemana de lucha contra el terrorismo internacional], 9 de enero de 2002 (Alemania).

Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung [Ley de reforma de la confiscación de activos penales], 1 de julio de 2017 (Alemania).

Ley 793 de 2002. Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Artículo 4°. 27 de diciembre de 2002.

Ley 1918 de 2018. Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2018.

Ley 2098 de 2021. Por medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) y se dictan otras disposiciones, conocida como Ley Gilma Jiménez. 6 de julio de 2021.

Muñoz Conde, F. (2009). *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*. Huelva: Universidad de Huelva Editorial.

Rousseau, J. J. (1959). *Staat und Gesellschaft*. Goldmann's Gelbe Taschenbücher Editorial.

Sánchez Botero, P. (2005). *Teoría del derecho penal del enemigo y su influencia en el derecho penal contemporáneo*. Editorial Temis.

Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, S.A.

Velásquez, F. (2020). *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, R. E. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.