

¿Por qué leer a Günther Jakobs? Más allá de la imagen en el espejo

Why should we read Günther Jakobs? Beyond the image in the mirror

Fecha de recepción: 26/04/2018 - Fecha de aceptación: 07/06/2018

JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Resumen

Este artículo ofrece algunas razones que explican por qué leer a Günther Jakobs. Así, lo que Odo Marquard llama “pluralismo de la peculiaridad” ofrece una respuesta al interrogante, pero también el hecho de que el pasado sea un invitado constante en las reflexiones sobre el presente y que en éstas Jakobs muestre el lado oscuro del derecho penal que no deseamos ver: en la tarea de defender a la sociedad, las instituciones deben sacrificar la libertad de algunos, especialmente de quienes no se integran o asimilan.

Palabras clave

Bien jurídico, estado previo, enemigo, persona, ciudadano, esfera civil interna, peligros, estados de excepción.

1 Abogado con especialización en derecho penal. Actualmente, Juez 8 Penal del Circuito de Santiago de Cali con funciones de conocimiento. Ha sido auxiliar de magistrado en la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Cali y Buga, pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y abogado asistente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También ha sido profesor en cursos de derecho penal general I y II, derecho penal especial II y derecho penal especial III en la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Correo electrónico: julirivera2001@yahoo.com. Teléfono 3007062600.

Abstract

This article offers some reasons that explain why Günther Jakobs should be read. Like what Odo Marquard calls "plurism of peculiarity" offers an answer to the question, but also, the fact that the past is a constant guest in the reflections on the present and in this, Jakobs shows the dark side of the criminal law that we should not see. The institutions must sacrifice the freedom of some in order to defend society, especially those who do not intergrate or assimilate.

Keywords

Legally, previous stage, enemy, citizen, internal civil sphere, dangers, stage of exception.

Sumario

I. La inclusión de Jakobs: el pluralismo de la peculiaridad. II. Jakobs: ¿El regreso de los fantasmas del pasado? III. Jakobs: el miedo a los extraños y la guerra como condiciones fácticas del funcionamiento del derecho penal de enemigo. IV. Jakobs: la prefiguración del otro como enemigo. Bibliografía.

El derecho penal es el ámbito, por excelencia, en el cual lo que sustancialmente entendemos como "derecho penal de enemigo"² ha sido llevado a sus últimas consecuencias. El derecho penal está atrapado en el dilema de forjar, desde la igualdad, garantías para los ciudadanos, y al mismo tiempo ser un escenario en el que "la deshumanización del extraño" es el preámbulo de la aplicación de medidas que rompen las "cadenas" del Estado de derecho, haciendo a un lado la "máscara secular" que oculta la dimensión real del Estado contemporáneo: la política y el derecho no han logrado despojarse de estructuras, en las cuales se disuelve la noción misma de pluralismo y diversidad cultural; se trata de un derecho penal para la lucha. El autor más representativo de esta corriente es Günther Jakobs, perteneciente a la

2 Para Jakobs un enemigo es quien abandona de modo permanente el derecho, es decir, quien con su comportamiento impugna por principio y de modo reiterado el orden social establecido. No se trata sólo de "terroristas" o rebeldes; también otras formas de delincuencia por convicción, la criminalidad organizada de otra índole y algunos delincuentes no vinculados a organizaciones delictivas. Así, "quien orienta su vida de modo imputable y más o menos permanente con base en estructuras criminales se derrumba, si bien no de modo global, pero sí de manera sectorial, la presunción de comportamiento conforme a derecho, y con ello, un presupuesto de su status en cuanto persona en derecho" (109).

generación alemana de la postguerra, quien se formó en los círculos más importantes del derecho penal alemán contemporáneo³ y ha forjado un sistema de pensamiento acogido en diversos países del hemisferio occidental⁴.

Jakobs pertenece a una larga tradición jurídica en la que sobresalen nombres como Paul Johann Anselm von Feuerbach (teoría de la pena como coacción psicológica), Adolf Merkel, Franz von Liszt (la idea del fin en derecho penal y el derecho penal como la carta magna del delincuente), Ernst Beling (la teoría del delito tipo), Karl Binding (teoría de las normas), Reinhard Frank (teoría psicológico-normativa de la culpabilidad), Gustav Radbruch (arbitrariedad legal y derecho supralegal), Edmund Mezger (los ideales de pueblo y raza como el horizonte de un nuevo derecho penal en la Alemania nacionalsocialista), Franz Exner (biología criminal), Wilhelm Sauer (teoría de los tipos de autor), Hans Welzel (estructuras lógico-objetivas como límites en la configuración del derecho penal y la protección de los valores ético-sociales como misión del derecho penal), Armin Kaufmann (teoría de las normas), Claus Roxin (crítica a la noción de estructuras lógico-objetivas y a la teoría de la acción final y defensa de una perspectiva político-criminal en la que los conceptos jurídicos sean interpretados a partir de los fines sociales del derecho penal). Como todos ellos, Jakobs es hijo de las circunstancias de su época: atrapados en la narración del presente y herederos de un pasado "signado" por "antiguas glorias", pero también por los eslabones de la tragedia.

¿Por qué Jakobs, en un contexto en el que sobresalen tantos nombres, es considerado por muchos la figura más visible de sistemas de pensamiento enmarcados en la ilusión de un derecho penal ilustrado? ¿Por qué leer a Jakobs si para otros su estatura en el pensamiento penal parece similar a la de quienes le antecedieron y de muchos de sus contemporáneos? A mi juicio, la respuesta está relacionada con algunas cuestiones que serán tratadas en las líneas que siguen: el punto de partida es aquello que Marquard denomina "pluralismo de la peculiaridad", es decir, aquel pluralismo cuya intención es la obligación de "ver más mientras más se vive" (2006: 137).

Por otro lado, Jakobs escribe sobre témpanos de hielo, y siempre es indispensable apreciar las corrientes heladas del discurso; es el heredero más visible de un

3 Su tesis doctoral fue dirigida por Hans Welzel, gestor de la teoría de la acción final en derecho penal.

4 No sólo Alemania, sino también España y los países de América Latina son receptores del sistema de pensamiento forjado por Jakobs. De esto da cuenta, en el caso colombiano, la serie de publicaciones impulsadas por la Universidad Externado de Colombia, varias de las cuales han sido dedicadas a los postulados y consecuencias de la perspectiva sociológica y político criminal de un autor como Jakobs.

pasado que se resiste a morir y, por tanto, desde las montañas más elevadas del mismo nos muestra lo que está en juego *más allá de la imagen en el espejo*; su pensamiento pone en evidencia aquellos trazos “incómodos” que dibujan el verdadero rostro del derecho penal, la compleja dimensión en la que está envuelto, ubicado al borde del abismo: el tratamiento de los enemigos y la utilización del proceso penal para combatir, no juzgar, a ciertos individuos considerados como fuentes de peligro, de ruptura del orden, aquellos que no tienen la capacidad de integrarse a la sociedad. De esta forma, el miedo a los “extraños” y la guerra se erigen en condiciones fácticas para el funcionamiento del derecho penal de enemigo, situando a tales individuos por fuera de las garantías del Estado de derecho para neutralizarlos eficazmente; fantasmas del pasado que pensábamos ya no estaban a nuestro lado son evocados a través de tales postulados. Estas ideas, realizadas a plenitud en Guantánamo y Abu Ghraib, luego de los hechos del 11 de septiembre de 2001, y en Colombia durante varias décadas, demuestran que la historia del derecho penal no está escrita en el índice de los libros, sino en las sombras que se mueven bajo la luz, aquello que Jakobs denomina “la estructura normativa real de la sociedad”.

I. La inclusión de Jakobs: el pluralismo de la peculiaridad

El dialogo inclusivo entre diferentes tradiciones, formas de vida o sistemas de pensamiento es una razón que justifica la reflexión acerca de Jakobs. Esto guarda relación con la que Odo Marquard denomina “pluralismo de la peculiaridad”. Las siguientes notas lo explican mejor:

Marquard defiende la importancia del pluralismo frente a las diversas formas de vida en el entorno artificial de los humanos (2007). Según él no puede hablarse del pluralismo sólo como una cuestión de principios, sino siempre en concretas situaciones en las que se mueve el individuo. Para Marquard es necesario que haya muchos fantasmas, pero también no fantasmas y de ellos “una pluralidad”. En una época en la que el pluralismo parece ahogarse en la universalización, resulta indispensable que sea defendido para asegurar la coexistencia de las diferentes formas de vida. Para llegar a dicha opinión ha considerado que el escepticismo es el sentido de la división de poderes y una de sus formas es el pluralismo de las diferentes tradiciones. De ahí que éste tenga un efecto de libertad, pues garantiza que diferentes posiciones se controlen y equilibren recíprocamente. Desde esa perspectiva, “hay que renunciar a la obligatoriedad absoluta de una posición absoluta”, pues incluso el pluralismo deviene en una posición contingente.

En un pluralismo así concebido, la comunicación con los otros es la mejor oportunidad de vivir muchas vidas, pese a la unicidad de la nuestra (Marquard, 2007:

138). Este pensamiento es válido incluso en relación a aquellos “no-fantasmas” que Marquard llama las “filosofías del no” o de la civilidad denegada, es decir, sistemas de pensamiento que impugnan al “presente” en aras de un “futuro mejor” para la humanidad. Estos sistemas surgen especialmente en épocas de crisis en las que el presente es pensado como la causa de las catástrofes a las que se enfrenta la humanidad. En estos contextos siempre surgen modos de vida que ofrecen una edad dorada para la humanidad a la cual debe llegarse luego de superar el estado actual.

En la comunicación con los otros sería indispensable que las distintas formas de vida sean cultivadas y no anuladas, pues el discurso universalizante que persigue el consenso sólo admite el pluralismo como punto de partida que es necesario trascender. La comunicación, antes que invalidar las diferentes tradiciones, debe plurificar la vida, entendiendo que de lo que se trata no es que todos piensen de la misma forma sino “que salgan de la reunión “distintos” a como ellos eran cuando entraron” (2007: 138).

Jakobs pertenece a una tradición jurídico-penal frente a la cual no podemos asumir posiciones de ceguera intencional. Su inclusión es necesaria como una manera de lograr una comunicación con sistemas de pensamiento que entienden las formas de vida de modo distinto a como las vemos; excluirlo del diálogo sobre los problemas fundamentales del derecho penal sería perder de vista, como opina Marquard, que los seres humanos “deben poder tener muchas historias”, pues la pérdida de las historias anula la realidad (135). Ni siquiera la sospecha de que con el sistema de pensamiento de Jakobs retornan algunos fantasmas del pasado, específicamente relacionados con sus ideas sobre la misión del derecho penal, puede llevarnos a desistir de hablar con él en un diálogo franco en el que podamos salir distintos a cómo éramos cuando entramos.

Si el derecho penal de enemigo perteneciera a aquellas perspectivas que intentan negar el presente y ofrecernos un “mundo” mejor, tal circunstancia no tendría el peso suficiente para evitar el contacto con sus postulados. Eludirlos sería tanto como admitir que hay un malestar en el presente, que ciertos puntos de vista pueden abandonar la posición de contingencia en que se sitúa el pluralismo para “atornillarlos en el trono de lo absoluto”. El diálogo con Jakobs es necesario en la medida en que, en el marco del pluralismo de la peculiaridad, también hay que dar cuenta de aquellas tradiciones, formas de vida o sistemas de pensamiento que se mueven entre las sombras y no sólo en la luz, tanto más cuando el presente siempre está recreando sucesos del pasado que no pueden ser anulados de nuestra historia. Aquellas perspectivas que sólo se mueven en lo que acontece en los libros de texto, pero que abandonan aquella obligación de analizar lo que realmente acontece con

el derecho penal, el abismo al que se enfrenta, ofrecen un alto grado de sospecha, por transmitirnos sólo la ilusión de que todo está bien, que nada marcha mal. Existe la responsabilidad social de evaluar siempre las consecuencias de aquello que pensamos, y esto impone tener en cuenta sistemas orientados a reflexionar, como en Jakobs, sobre la sociedad que realmente acontece⁵.

II. Jakobs: ¿El regreso de los fantasmas del pasado?

En Jakobs tiene vigencia la pregunta de si es posible superar el pasado o si existen nítidas diferencias entre los problemas del pasado y los del presente. Los argumentos que ofrezco a continuación lo explican mejor.

Quienes analizan los acontecimientos históricos imaginan las sociedades como cuerpos que mudan rápidamente de piel, adaptándose a entornos artificiales en los que recordamos el pasado, pensamos el presente e imaginamos el futuro. Pero el pasado es un fantasma que retorna. Una descripción de tal circunstancia la ofrece *Mademoiselle Cocotte*⁶, en el cual Maupassant narra la historia de François, un joven cochero, al servicio de una pareja de ricos burgueses que tienen una quinta a orillas del Sena. Un día aquél regresa a casa de sus empleadores y en el camino encuentra a una perra de “flacura espantosa” a la que trata de ahuyentar sin lograrlo. Finalmente decide hacerse cargo de ella, por lo cual la lleva a la quinta. El relato describe las peripecias a las que se enfrenta dicho joven porque la perra, a quien ha llamado Cocotte, estaba “en celo desde principios hasta final de año”, conociendo a los perros de la región que siempre la seguían en una jauría. Ya no era flaca y su fecundidad era tal que daba a luz cuatro veces en el año. Le hizo un collar con una “plaquita de cobre” en la que grabó la siguiente leyenda: “Señorita Cocotte, propiedad del cochero François”. Todas esas circunstancias impacientaron a sus empleadores, por lo cual François trató de deshacerse de ella entregándosela a alguien para que la abandonara al otro lado de París, pero finalmente Cocotte regresaba a casa de su amo. Lo que colmó definitivamente la paciencia de su empleador fue el hecho de que en una cena que ofrecía, Cocotte y la jauría de perros que la seguían hicieron volar por los aires “un capón cebado por obra y gracia de un dogo, ante las mismas narices de la cocinera que no se atrevió a disputárselo”. El empleador se enojó de verdad y le exigió a su joven cochero que arrojara al agua a Cocotte al día siguiente.

5 Kai Ambos reprocha a Jakobs no tener en cuenta el deber de quien sostiene un sistema de pensamiento de evaluar sus consecuencias, pues “parece que lo único que le preocupa es la coherencia interna de su sistema, con independencia de las consecuencias” (2007: 41).

6 Traducido al castellano como “La señorita Cocotte”.

El joven inicialmente no tuvo el valor, pero puso en marcha lo necesario para cumplir la exigencia de su empleador y la arrojó al río, atada una piedra a su cuello, hasta que vio hundirse a Cocotte y desaparecer completamente en el agua. A partir de este instante soñaba constantemente con la perra, estuvo enfermo un mes, hasta que sus empleadores lo llevaron a Biessard, en Ruán, cuando estuvo mejor. Allí también se encontraba a orillas del Sena, y cada mañana cruzaba el río en compañía del mozo de las caballerizas. Un día observaron que venía por el río una “carroña enorme, hinchada, pelada” y el cochero le dijo a su amigo, en broma, que le daría una parte. Cuando se acercó a ella le dio vuelta y vio que tenía un collar, en el cual pudo leer “Señorita Cocotte, propiedad del cochero François”. Cocotte lo encontraba nuevamente.

En la situación alemana ocurre lo mismo que al joven François: las circunstancias sociales evocan el pasado; el presente es un espejo que refleja las ideas del pasado. De ahí que sea necesario evaluar constantemente la presencia de esos fantasmas en nuestro presente. Bernhard Schlink lo hace, por ejemplo, cuando analiza cómo el pensamiento nazi penetró las esferas de la tradición jurídica alemana, y en qué medida, después de la guerra, las generaciones posteriores se enfrentaron a la dificultad de integrar tal pensamiento en la cultura jurídica y política alemana⁷. Pero el problema no radica sólo en la fractura jurídico-política que el partido nacionalsocialista produjo al configurar un Estado a su imagen y semejanza, o en la penetración nazi del derecho, sino en las condiciones existentes en Alemania y en el corazón mismo de Europa a la llegada de los nazis al poder en 1933. Los nazis aprovecharon las ventajas que las circunstancias ofrecieron, en un ambiente político en el cual el principal problema era la configuración de la sociedad a la manera de recipientes herméticos en los cuales sólo tenían cabida ciertas tradiciones o imaginarios sobre el “espacio vital” de aquellos pueblos pertenecientes al corazón de la vieja Europa.

Ingo Müller ha evaluado las circunstancias en Alemania durante el siglo XIX, destacando la existencia de una comunidad de juristas —entre ellos muchos jueces— que intentaron erigir un proyecto progresista en medio de tendencias sociales conservadoras. Relata, así mismo, cómo después de 1878 Bismarck “comenzó a tomar toda una serie de medidas ultra-conservadoras para purgar a la judicatura, sacando a sus miembros más progresistas” (2007: 11). Aun en la República de Weimar, sostiene Müller, la mayoría de la judicatura se había aliado a la “extrema derecha del espectro político”, tomando distancia de la República y “guiándose por

7 Esta reflexión es expuesta por el autor en una ponencia publicada en castellano en 2005.

lo que quedaba de los viejos valores” (15). De ahí que cuando los nazis asumieron la dirección del poder en Alemania encontraron una elite intelectual –también integrada por reconocidos juristas– dispuestos a dar lo mejor de sí en el proceso de legitimación del “nuevo orden”, no sólo para afirmar su propia posición sino además para consolidar ideas y prácticas sobre el derecho penal que ya formaban parte de la tradición alemana. Lo que llamamos culpabilidad por el carácter, los defectos de la voluntad, la anticipación del derecho penal para enfrentar individuos peligrosos, el concepto de delito como infracción de un deber y no una lesión al bien jurídico, la punibilidad de la tentativa inidónea –aprovechados por los nazis–, ya eran parte del patrimonio jurídico penal alemán antes que los nazis llegaran al poder⁸.

No se trata de negar el impacto que el nacionalsocialismo tuvo en las circunstancias sociales, su elevada cuota de responsabilidad en los trágicos hechos, pero sí de destacar un contexto histórico que facilitó el desenvolvimiento de los fenómenos sociales durante el nacionalsocialismo⁹. Un contexto que contribuye a explicar la facilidad con la que los nazis llegaron al poder en Alemania.

La posibilidad de coexistencia de distintas tradiciones no era políticamente conveniente para proyectos nacionales en los cuales las fronteras y la “única tradición posible” conformaban una piel difícilmente intercambiable. Esto no permitió superar los imaginarios que consideran a la sociedad como un cuerpo que puede ser aquejado por la “enfermedad”, representada por aquellos que no se han asimilado, que no encajan en el prototipo cultural de proyectos políticos conservadores. En esas circunstancias se consolidó para la política y el derecho, especialmente el derecho penal, la idea del amigo-enemigo como un postulado necesario en la construcción de un orden pensado como cohesión social excluyente. En ese orden, el enemigo es quien no tiene la capacidad para integrarse, el que impugna la imagen social dominante a la que se debe fidelidad u obediencia, y el derecho penal el instrumento que estabiliza el orden y garantiza la neutralización de la perturbación.

8 Andreas Hoyer ha precisado que algunas tendencias del derecho penal en la época del nacionalsocialismo integraban corrientes de opinión que se remontan a la República de Weimar, aun cuando opina que el nacionalsocialismo fue la oportunidad que tales corrientes encontraron para abrirse paso en el pensamiento jurídico penal de modo que se convirtieron en tendencias mayoritarias. Los aportes dogmáticos de esas corrientes de pensamiento subsisten hoy en diversas figuras del derecho penal alemán que Hoyer considera son un legado del nacionalsocialismo (2009).

9 Saul Friedländer ofrece una interpretación que describe la interacción entre Hitler y “el sistema dentro del cual actuaba”. Asume una posición objetiva en la que describe los acontecimientos sociales durante los años anteriores a la solución final, delimitando los hechos más importantes que propiciaron la implementación de las medidas antijudías en Alemania (2009: 17).

Tales ideas no eran nuevas en la Europa del nacionalsocialismo. El discurso mencionado se produjo en medio de procesos históricos de renuncia a presupuestos no terrenales para fundamentar al Estado. En principio, la configuración de un Estado sobre presupuestos puramente terrenales debía permitir dejar el cielo a los “ángeles para ocuparse de la tierra y de sus miserias” y que las sociedades se transformaran en núcleos abiertos en las cuales todos tuviesen cabida. Sin embargo, una renuncia como esa no fue del todo posible y así se manifiesta a través de estructuras teológicas que definen los términos de la política y también del derecho¹⁰. Schmitt lo reconoció así en una frase que cautiva íntimamente por su eficacia emotiva: “Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (2001: 43). Esto valdría también para el derecho como expresión de la política. La concepción de la vida, la sociedad y el Estado a partir de tales estructuras es lo que ha permitido que persistan perspectivas que definen a los extraños como una enfermedad que aqueja al cuerpo social, a quienes es necesario “deshumanizar” mediante un lenguaje que prefigura al otro como un “monstruo”, “un terrorista”, “un rebelde”, “un enemigo” al que es necesario neutralizar o excluir¹¹.

En esa tradición, Franz Exner, autor de *Biología criminal*, defendió la idea de un derecho penal mediante el cual el enemigo fuese combatido eficazmente, y a partir de esa idea afirmaba la nueva dimensión del derecho penal en la tarea de defender el orden para conjurar la perturbación: “¿Para qué venimos aquí con una ciencia de hechos al campo del delito y de la pena? La contestación parece a todas luces banal. Por la sencilla razón de que el “Derecho penal es un Derecho de lucha”. Quien intente combatir contra su enemigo con cierta eficacia, necesita, por fuerza, conocerle; conocer, en una palabra, sus actitudes y fuerzas; hacerse cargo de los medios de lucha por él aplicados; sus lados fuertes y débiles; a qué finalidad tiende

10 La ley, el derecho, son vistos como la palabra sagrada en las sociedades contemporáneas, la expresión de la voluntad estatal manifestada a través de procedimientos que dan autenticidad a la revelación, y la estructura judicial y la comunidad de juristas como la casta llamada a definir o interpretar cuál es esa voluntad sagrada expresada en la ley. En la literatura, Steinbeck se ha referido, con gran ironía, a ese carácter sagrado de la ley: “la ley no tiene nada de ordinaria. Al contrario, es un asunto místico; para muchas personas, relacionado estrechamente con la religión. Y, al igual que los dispensadores de las leyes sagradas consideran necesaria una vestimenta, los servidores de las leyes civiles también. Observad, Sire, que nuestros jueces presiden los tribunales con togas y birretes. Pensad en los jueces ingleses que no sólo requieren togas y pelucas, a despecho del calor que pueda hacer, sino que también llevan ramilletes de flores, destinados antiguamente a aliviar los olores de la gente y que aún se conservan en estos tiempos menos odoríferos” (2008: 153).

11 Por la persistencia en la sociedad de prácticas como esas, el Marqués de Sade llamó a los franceses a realizar un esfuerzo más si querían ser republicanos, lo cual significaba, en sus propias palabras, que “Europa espera de vosotros ser librada a un tiempo del *cetno* y del *incensario*” (1996: 170).

y qué reflexiones nos ofrece” (1957: nota al pie, p. 28). Por estas razones, Exner, citando a Edmund Mezger, aseguraba: “Pero sería tanto como no ver el bosque a fuerza de mirar los árboles, el no percibir detrás de la intrincada maraña y de las particularidades de los preceptos jurídicos positivos grupos típicos de enemigos de la Sociedad” (1957: 18).

Por la misma década, Edmund Mezger, defendía el nuevo orden, propugnando por la eliminación de aquellos “elementos perturbadores” de un *statu quo* en el que sólo tenían cabida quienes pudieran integrarse o quienes tuviesen las condiciones culturales o raciales para ser asimilados (1942: 284):

“La nueva estructura del Estado alemán lleva en sí las fuerzas necesarias para la superación de los contrastes arriba indicados y en verdad de una superación, no en el sentido de un compromiso entre ellos, sino en el de una síntesis más alta. Esto no significa simplemente la vuelta al pensamiento del Estado autoritario en el ámbito del derecho penal. Tal restablecimiento de la autoridad del Estado constituye un peldaño previo imprescindible en la evolución, pero carece aún del contenido material determinante. Este contenido material nos lo suministran los dos pilares en que descansa el nuevo Estado alemán nacionalsocialista, a saber: pueblo y raza. La futura administración de justicia penal considerará como su objetivo supremo el ponerse al servicio de la regeneración racial del pueblo. Pero esta meta incluye en sí dos misiones, a saber: el restablecimiento de la responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo y la eliminación en esta última de partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza. La primera descansa en el <<dogma del acto>>; la segunda, en el <<dogma del autor>>: reunidas ambas conducen al Derecho penal, en el nuevo Estado totalitario y populista, a una síntesis de pena retributiva y medidas de seguridad”.

A Mezger se atribuye la elaboración del proyecto de ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, mediante el cual se implementaban medidas para “neutralizar” a los incapaces de “integrarse” a la comunidad, es decir, a quienes no encajaban en el proyecto nacionalsocialista. En la justificación del proyecto, Mezger escribió: “La mayoría de esta gente ni siquiera son capaces de integrarse a la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso de sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad”. Jakobs afirmaría hoy que se trata de excluir a los adversarios más recalcitrantes de la sociedad. Más adelante Mezger precisaba que para los extraños no era necesaria la asistencia, “sino la coacción policial que pretende o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro” (2003: 198-199). Para Mezger el

enemigo o el extraño era alguien que no podía ser asimilado por factores como la raza, la cultura o por sus hábitos. Para él, el derecho penal debía establecer medidas orientadas a evitar males o peligros futuros¹². El derecho penal era así el escenario de la anticipación, un ámbito para la lucha; un lugar en el que la coacción policial era un instrumento necesario para restaurar el orden quebrantado por la presencia del extraño o el enemigo. La idea de someter al enemigo para evitar que produzca daños en el futuro, la noción de coacción policial¹³, es lo que ha facilitado la anticipación de la punibilidad en el proceso penal mediante el peligro de reiteración delictiva, según el cual la medida cautelar personal, pensada tradicionalmente en el marco del derecho penal de los ciudadanos, se transforma en una pena o custodia de seguridad impuesta al enemigo¹⁴.

A esa tradición pertenece Jakobs; afirmar que ello es así no significa integrarlo al presente como un legado del pensamiento jurídico nacionalsocialista. Quienes lo hacen no ven zonas grises en la historia humana y edifican una acusación infundada, carente de peso específico. De lo que se trata es de explicar que la “*desnazificación*” no trajo consigo la desaparición de la sospecha que pesa sobre las circunstancias sociales en que dicho pensamiento fue posible, y por qué de esa forma hubo una continuidad en cuanto a los problemas, los temas y las teorías. De

12 Jakobs ha mostrado lucidamente como el derecho penal de enemigo “también se trata de la defensa frente a agresiones futuras” (2004: 58).

13 A esta tendencia del derecho penal de asumir una función puramente policial hace referencia Jakobs cuando opina que así ocurre, pues “la policía no puede vincular al supuesto de hecho de la constitución de una asociación terrorista consecuencias jurídicas aseguradoras de larga duración” (2007: 115). Esta tarea le correspondería al derecho penal que ya no responde a hechos pasados sino a peligros futuros.

14 En Colombia, la ley 48 de 1936, titulada “sobre vagos, maleantes y rateros”, sancionaba con medidas punitivas a quienes eran ubicados bajo cualquier de esas tres categorías. Dicha ley consagró unas definiciones acerca de quiénes eran considerados “extraños a la comunidad” que resultarían semejantes a las que en el marco del nacionalsocialismo proponía Mezger en Alemania, con la diferencia de que acá no habría medidas de esterilización o campos de concentración, sino sólo la relegación a una colonia agrícola. Así, la ley establecía la presunción de que era vago quien “habitualmente y sin causa justificativa no ejerce ocupación u oficio lícito o tolerado, y cuyos en antecedentes den fundamento para considerarlo como elemento perjudicial a la sociedad” o el que “habitualmente y sin causa justificativa se dedique a la mendicidad”, así como que considerara maleantes a “los que sin causa justificativa no ejercen profesión ni oficio lícito, a adoptan habitualmente para su vida y subsistencia medios considerados como delictuosos; o los que, aun ejerciendo profesión o teniendo oficio lícito, hayan sido conducidos dos o más veces ante las autoridades como presuntos responsables de delitos contra las personas o contra la propiedad, y respecto de los cuales, además, se haya pronunciado siquiera por dos veces, sobreseimiento de carácter temporal por delitos contra la propiedad; o que hayan sido condenados dos o más veces por cualquier clase de delitos o por estados antisociales contemplados en la Ley 48 de 1936” (artículo 6).

éstas fueron eliminados algunos detalles que las vinculaban al nacionalsocialismo, pero más allá de ello la sustancia en que nacieron y se desarrollaron sobrevivió a las instituciones totalitarias de la época. El problema, entonces, no eran sólo los detalles nacionalsocialistas, la penetración nazi del derecho: más que ello eran las prácticas jurídicas inmersas en sociedades que fueron (y siguen siendo) pensadas como compartimentos que no hacen posible la inclusión de otras tradiciones pertenecientes al "afuera" de la Europa de la postguerra: una visión pluralista y cosmopolita de la vida y del mundo que renuncie a aquellas perspectivas catastróficas de la historia que de cuando en cuando reiteran lo que Marquard llama las filosofías del no o de la civilidad denegada.

Jakobs hace parte de la generación educada en la postguerra por profesores formados en el pasado que se intentaba superar. Su educación se produce en las difíciles circunstancias de una sociedad en la cual la enseñanza y aplicación del derecho penal nacionalsocialista estuvo en manos de profesores que continuaron su actividad intelectual luego de la guerra, en un marco en el que fue posible la continuidad de las teorías sin el estigma de la vinculación de sus autores a una época que se quería olvidar. Una generación enfrentada a un abismo que no trajo consigo rupturas "totales" en relación al antiguo orden, sino sólo la neutralización de ciertos elementos propios del nacionalsocialismo —practicados bajo la égida de ese proyecto político totalitario— que ya no era posible mantener en el "nuevo amanecer" y la defensa de algunas categorías jurídicas que fueron articuladas a los nuevos postulados de un "orden democrático". Las circunstancias sociales de épocas posteriores mostrarán que incluso en las "democracias" son escenarios posibles para la implementación de un derecho penal como lo habían concebido los juristas del nacionalsocialismo.

En esa tradición, la paz como condición fáctica del Estado —y del funcionamiento del derecho— no ha sido posible. Los acontecimientos del siglo XX, las circunstancias históricas y sociales en las que se mueve el pensamiento jurídico penal, por el contrario, han construido una imagen del Estado vinculada a la continuación de la guerra en escenarios diferentes a los campos de batalla tradicionales: ese nuevo escenario es el derecho penal y su realización en el teatro de la justicia estatal.

III. Jakobs: el miedo a los extraños y la guerra como condiciones fácticas del funcionamiento del derecho penal de enemigo

La estrecha relación entre la guerra y el funcionamiento del derecho penal contemporáneo es otra buena razón por la cual hay que leer a Jakobs. El escepticismo

de este autor sobre el derecho penal internacional¹⁵ tiene su contrapartida en la ilusión con la cual encara el estudio del derecho penal de enemigo para tratar de encontrar límites que eviten que todo el derecho penal quede contaminado con sus prácticas. Cuando Jakobs admite que la misión del derecho penal de enemigo es combatir peligros, más que juzgar a ciudadanos, abandona el ámbito propio del contrato social y sitúa la discusión más allá de los postulados del Estado de Derecho: el espacio de la guerra. En esto radica uno de sus méritos: nos recuerda que muchas instituciones jurídicas del derecho penal no son cosa diferente a una imitación de la guerra (Ariza Higuera *et alt.*, 1997: 9). Por ello, Aponte inicia uno de sus trabajos con una frase que atribuye a Friedrich Nietzsche, según la cual “el derecho es el mimo de la guerra” (1999: 7). Algunas instituciones del derecho procesal penal así lo recuerdan: “igualdad de *armas*”.

En *¿Terroristas como personas en derecho?*, Jakobs afirma: “Vuelvo de nuevo sobre la cuestión planteada al principio: ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa *guerra*; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos”¹⁶. En un texto presentado en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburg, en un ciclo celebrado entre el 3 y el 6 de octubre de 1999, Jakobs proclamó cuál era la naturaleza del derecho penal de enemigo: “Indagando en su verdadero concepto, el derecho penal de enemigos es, por lo tanto, *una guerra* cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo” (2004: 61). En este comentario Jakobs consideraba que uno de los desafíos del derecho penal hoy era la de establecer diferencias entre lo que circulaba como derecho penal de ciudadanos y “someter a discusión el complemento del derecho penal a través de un *derecho de combate del enemigo*” (61). Como una de sus características, Jakobs recordaba que el derecho penal de enemigo era el “paso de la legislación de derecho penal a la *legislación de la lucha para combatir*”.

En épocas anteriores ya se había pensado que los jueces debían despojarse de la máscara de la justicia para librar una batalla en el campo de los tribunales y

15 Jakobs duda que la pena pueda confirmar una “identidad normativa” inexistente en un ámbito en el que no es posible identificar una “sociedad” internacional al modo de las sociedades tradicionales. Para ello acude al concepto de “ordenamientos en funcionamiento” por contraposición a ordenamientos simplemente postulados pero inexistentes (2004: 62-63).

16 Traducción castellana de Manuel Cancio Meliá.

así enfrentar a quienes impugnaban el orden. Jueces transformados en soldados en el teatro estratégico de la justicia, en el que ya no hay equilibrio, sino sólo una afilada espada que espera entrar a la dinámica del combate. En este espacio, la justicia se despoja del velo que cubre sus ojos y de su balanza, empuñando sólo la espada como símbolo de que se ha situado más allá de los límites del derecho. En el discurso pronunciado por *Louis Antoine Leon de Saint-Jus* en el juicio contra Luis XVI, aquél afirmaba que el rey era culpable por ser rey, pues “no se puede reinar inocentemente”; como era un enemigo había que *combatirlo*, no *juzgarlo*. En aquella oportunidad, reclamaba a los miembros de la Asamblea por la delicadeza de los espíritus y los caracteres, pues ello era un obstáculo a la libertad, dado que así se trataba de embellecer los errores. Se oponía a la pregunta que algunos franceses se hacían en la Asamblea sobre las garantías para el tirano, mientras la semilla de la libertad, sembrada en el territorio francés, esperaba ser bañada con la sangre del rey para que la república fuese fundada. Según él las generaciones futuras se asombrarían que el siglo XVIII hubiese sido menos avanzado que Roma, en la cual el juicio contra César había sido resuelto eficazmente sin más formalismos que varias puñaladas en su cuerpo (*Saint-Jus*, trad. 1987). Quienes ya no forman parte del pacto social, quienes se sitúan en el afuera del contrato, sólo pueden esperar ser combatidos; sólo los ciudadanos, quienes participan del pacto o del consenso, pueden aspirar a ser juzgados como ciudadanos. ¿Quién es ciudadano y quién ya no lo es?, no es un asunto que pueda resolver el derecho postulado sino circunstancias políticas apremiantes.

Actualmente, las guerras convencionales e interestatales han disminuido significativamente. Los conflictos interestatales se definen en términos de disuasión del adversario, más que a la luz de confrontaciones bélicas a gran escala. En ese contexto, la guerra ha encontrado formas de adaptarse a realidades en las que nuevos métodos de batalla encuentran escenarios diferentes. El derecho penal es uno de los campos en los que tienen cabida las dinámicas de la guerra contemporánea. La lucha contra adversarios peligrosos, la anticipación de las respuestas punitivas a sucesos atrapados en la esfera civil interna de los individuos y la neutralización, son categorías básicas en las cuales se mueve el derecho penal de enemigo, una herramienta idónea en la confrontación que acaece en el nuevo teatro de operaciones: la justicia estatal.

Desde su texto sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, Jakobs había advertido sobre la presencia en el derecho penal de zonas grises en las cuales el individuo no es tratado como ciudadano en el proceso penal sino como enemigo del bien jurídico, alguien al que es necesario combatir; un derecho

en el que no se espera hasta que el autor salga de su esfera privada, pues se anticipa la pena en el marco de la lucha contra autores peligrosos. En esa reflexión, Jakobs partía de una aguda crítica a la noción de "protección del bien jurídico" por la dificultad de definir el contenido de algo llamado así, pero también porque la noción misma hacía posible que todo lo que pudiese ser puesto en relación con un "bien jurídico" fuese considerado lesivo para el mismo. Desde esa perspectiva, el delincuente era erigido en enemigo del bien jurídico, de modo que ello autorizaba al Estado a actuar en estadios previos a la lesión de un interés, incluso invadiendo lo que Jakobs llama la "esfera civil interna", una garantía más allá del concepto *cogitationis poenam nemo patitur* (1997: 293-324). En este trabajo Jakobs abogaba por la delimitación del derecho penal para enemigos del bien jurídico, y así no contaminar el derecho para ciudadanos mediante interpretaciones sistemáticas o analógicas.

Como parte de esas tendencias en el derecho alemán, Jakobs ha analizado las circunstancias en las que el imputado no es tratado como ciudadano en el proceso penal sino como enemigo. Alude, por ejemplo, a la coacción en que está envuelta la detención preventiva cuando se aplica por la posibilidad de que el imputado, el enemigo, ponga en peligro el "decurso ordenado del proceso". Del mismo modo, recuerda medidas que implican la restricción de derechos de modo "jurídicamente ordenado", entre éstas la interceptación de comunicaciones, la intervención de agentes encubiertos. Más aún, enfatiza la configuración de medidas extremas contra riesgos terroristas cuando habla de la incomunicación de los imputados. De esa forma Jakobs precisa que el Estado actúa de doble manera frente a los delincuentes: a) puede ver a tales personas como delincuentes que incurrieron en un error y deben ser tratados como ciudadanos; o b) puede ver individuos peligrosos a los que hay que impedir que destruyan el ordenamiento jurídico. Si el derecho penal quiere ser eficiente en este sentido debe ubicarse en el espacio de la guerra, por fuera del pacto social. De nuevo aquí Jakobs aclara que un derecho penal de enemigo delimitado es menos "peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal de enemigo" (2003: 56). Sobre estos postulados ha vuelto Jakobs en su trabajo sobre el derecho penal de enemigo y los presupuestos de la juridicidad (2007: 97-118).

Las circunstancias a las que se enfrenta el derecho penal parecen negar aquella tradición occidental que Alejandro Aponte recuerda, según la cual la "paz es la condición fáctica para el funcionamiento del derecho" (2005: 48). Según aquella, el Estado, en los términos de Hobbes, constituiría una negación de la guerra. Sin embargo, las prácticas sociales a las que hemos asistido en los últimos siglos apuntan en sentido contrario: la guerra es la condición fáctica del funcionamiento del

derecho penal, por lo menos cuando está al borde del abismo, es decir, el derecho penal de enemigo. La experiencia jurídico-penal colombiana es un claro ejemplo de este postulado.

Las reflexiones planteadas por Jakobs, en la década de 1980, sobre las tendencias del derecho penal alemán, están basadas en postulados que fueron llevados hasta sus últimas consecuencias en la práctica jurídica colombiana, por la misma década, bajo la égida de la legislación penal expedida durante el estado de sitio —una época en la que el pensamiento de Jakobs en Colombia no era tan conocido como ahora—. Varios decretos legislativos de la época fueron concebidos en el marco de una transición de la legislación penal de décadas anteriores —que permitía el juzgamiento de civiles en cortes o tribunales militares—¹⁷ a una normatividad que adaptó algunas dinámicas de tal legislación a los tribunales civiles¹⁸, en el marco de un conflicto armado no internacional a la luz del artículo 3 común de los IV Convenios de Ginebra del 12 de

17 La aplicación del derecho penal en estadios previos a la lesión del bien jurídico, su instrumentalización como medio de lucha contra el enemigo por parte de las fuerzas militares y policiales, tienen un ejemplo en el decreto legislativo 1923 del 6 de septiembre de 1978 (estatuto de seguridad nacional), cuyo artículo 7 sancionaba con arresto, hasta por un año, a quien: 1) incitara a quebrantar la ley o a desobedecer a las autoridades (literal b); 2) usara injustificadamente máscaras, mallas, antifaces para ocultar la identidad (literal c); y 3) a quien portaba injustificadamente objetos que pudiesen ser empleados para cometer con infracciones contra la vida e integridad de las personas (literal e). La sanción para la conducta del literal b) era impuesta por comandantes de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, en tanto que la sanción respecto de las conductas previstas en los literales c) y e) lo eran por los comandantes de estación de policía con grado ni inferior al de capitán. El artículo 1 del decreto 1041 de 1 de mayo de 1984, sancionaba, como contravención, con arresto inmutable hasta por un año, a quienes sin justificación porten o usen máscaras o capuchas o mallas o antifaces o cualquier otro elemento o ingrediente que sirva para ocultar o dificultar la verdadera identidad. Esta sanción era impuesta por los alcaldes e inspectores de policía (artículo 2 del decreto 1041 de 1984). También hay que recordar que el artículo 1 del decreto legislativo 1042 de 1984, reformado por el artículo 1 del decreto legislativo 1290 de 29 de mayo de 1984, autorizaba el juzgamiento de civiles en la jurisdicción penal militar, mediante consejos verbales de guerra, por los delitos previstos en el decreto 1188 de 1974, estatuto nacional de estupefacientes. Este decreto fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia n.º 68 de 5 de julio de 1984, aprobada según acta 30, Magistrado ponente Alfonso Patiño Roselli, expediente número 1218 (175-E). La facultad asignada a la jurisdicción penal militar para juzgar a civiles se mantuvo hasta que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia n.º 20 de 5 de marzo de 1987, aprobada según acta n.º 08, Magistrado ponente Jesús Vallejo Mejía, expediente n.º 1562 (235-E), declaró inconstitucional el decreto legislativo 3671 de 1986 que así lo autorizaba frente a delitos relacionados con el narcotráfico.

18 Los jueces pertenecientes a la jurisdicción de orden público estaban sometidos a una estructura jerarquizada, en la cual el artículo 83 del decreto legislativo 2790 de 1990 disponía, entre sus facultades, la de asignar al juez de instrucción para la indagación o la investigación y el juez para adelantar el juicio, lo cual implicaba un control administrativo que lesionaba la independencia judicial. Ésta era una estructura que obedecía a un principio de jerarquización, inapropiado para los jueces, y propios de la función castrense.

agosto de 1949. De esa forma surgieron la “jurisdicción de orden público”, llamada así por cuanto su misión era hacer frente a formas de criminalidad con métodos propios de un derecho penal para la lucha o la confrontación, y figuras jurídicas practicadas con algunos antecedentes en años anteriores: restricciones al derecho a la defensa¹⁹, incomunicación de las personas capturadas con ocasión de ciertos hechos²⁰, limitaciones a la publicidad²¹, consolidación de diversos delitos de peligro abstracto, esto es, anticipación de las barreras de protección de bienes jurídicos a estadios previos a su lesión, fortalecimiento de la detención preventiva en el proceso penal a pesar de la presunción de inocencia²², reserva de identidad de testigos²³. Todo ello en un contexto fáctico que configuró el pensamiento jurídico penal tanto en el “presente” de aquella década como en el futuro (el presente hoy). La ley 25 de 20 de septiembre de 1983, por su parte, en desarrollo del artículo 28 de la Constitución de 1886, facultó al gobierno para emitir órdenes de detención administrativa contra individuos cuando existieran motivos “para temer la perturbación del orden público” e incomunicarlos por un lapso de 72 horas “contadas a partir del momento en que se reciba al retenido en el lugar de reclusión” (artículo 2). Esta detención procedía aun cuando no existieran motivos para pensar que el individuo estaba involucrado en un delito. De lo que se trataba era de neutralizar, combatir, al “individuo peligroso”.

Los argumentos esbozados para justificar el decreto legislativo 180 de 1988 (estatuto para la defensa de la democracia), a modo de ejemplo, estaban relacionados con la “turbación del orden público”, generada por hechos de violencia generalizada en todo el país, que habían causado “sensibles bajas de miembros de las fuerzas militares, de la policía nacional y en la población civil”, para lo cual era necesario configurar herramientas más eficaces para la lucha o la “guerra contra el terrorismo”. En este decreto se configuraron sanciones penales para actos ocurridos en la fase de preparación de actividades terroristas, tales como las contempladas en los artículos 3 y 4 del decreto legislativo 180 de 1988. El decreto legislativo 2790 de 1990, así

19 Artículo 37 del decreto legislativo 2790 de 1990.

20 El artículo 26 del decreto legislativo 2790 de 1990 autorizaba la incomunicación de la persona privada de la libertad.

21 El párrafo del artículo 13 del decreto legislativo 2790 de 1990 (estatuto para la defensa de la justicia) prohibía la celebración de audiencia pública de juzgamiento en los procesos de la jurisdicción de orden público. Esto también implicaba una restricción al derecho a la defensa.

22 La única medida admisible a la luz del decreto 2790 de 1990 era la detención preventiva y la libertad estaba restringida a ciertas causales.

23 Artículo 22 del decreto legislativo 2790 de 1990, complementado y adicionado por el artículo 22 del decreto 099 de 1991.

mismo, consagró una norma que otorgaba a las pruebas recaudadas por la policía judicial el mismo valor de las practicadas por los jueces (artículo 21). El problema de esto consistía en que el artículo 18 del decreto 2790 consagraba que la policía judicial estaba conformada por funcionarios del cuerpo técnico de policía judicial, del departamento administrativo de seguridad (DAS), por miembros de la policía nacional, en tanto que el párrafo de dicho artículo permitía asignar la función de policía judicial, por hechos establecidos en el artículo 9 del decreto legislativo 2790 de 1990, a las fuerzas militares²⁴.

Como puede verse, las prácticas constitutivas del llamado *derecho penal de enemigo* no son nuevas, y además sitúan al derecho penal en el teatro de la guerra, en la medida en que aquél es una respuesta política, por fuera de las garantías del pacto social, para evitar males futuros, en un ámbito en el que ni siquiera existe la inminencia de daño al bien jurídico. El derecho penal, así concebido, se transforma en un instrumento para una nueva dimensión del *combate*, en el que lo que interesa es la adaptación del *ius ad bellum* al escenario de la justicia. Las semejanzas existentes entre el fin de la fuerza militar en el teatro de operaciones (neutralizar al adversario), incluso anticipando sus acciones, y el propósito del derecho penal (el control de individuos peligrosos o enemigos), son evidentes. De la utilización del espía en las guerras interestatales y las estratagemas o acciones engañosas como método de combate lícito, se pasa al agente encubierto y al agente provocador para identificar las fuentes de peligro que amenazan de modo reiterado a la sociedad y respecto de las cuales se actúa en estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Una tendencia en la protección del bien jurídico cada vez más empleada en el marco de la sofisticación de los métodos de control de la criminalidad.

En este debate, la distinción que Jakobs efectúa entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo es fundamental para entender las dinámicas sobre las cuales descansa la función del derecho penal en la misión

24 En el marco del artículo 8 transitorio de la Constitución de 1991, el Gobierno de César Gaviria Trujillo, mediante decreto 2271 de 4 de octubre de 1991, elevó a legislación permanente las disposiciones del decreto legislativo 2790 de 1990 sobre la jurisdicción de orden público, pues la Comisión Especial Legislativa no aprobó tal decreto legislativo, con lo cual hubo continuidad en la aplicación de esa normativa al caso colombiano. Entre las normas del decreto 2790 de 1990 se encontraban aquellas que permitían a las fuerzas militares ejercer funciones de policía judicial en asuntos relacionados con el artículo 9 de dicho decreto. El Código de Procedimiento Penal de 1991 (decreto ley 2700 de 1991) no modificó tal situación, pues el artículo 5 transitorio consagró que los jueces de orden público se llamarían jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se denominaría Tribunal Nacional, quienes conocerían de ciertos delitos conforme a “los decretos que no impruebe la Comisión Especial para convertir normas expedidas en ejercicio de facultades de Estado de Sitio en legislación permanente”.

de “combatir” el peligro que pesa sobre la sociedad. Jakobs enfatiza la expresión “combatir peligros” que, desde mi perspectiva, alude a un derecho penal ubicado más allá del escenario del pacto social: un Estado que retrocede en su renuncia a la guerra. La relación de semejanza existente entre lo que ocurre en el teatro de la guerra y la forma en que realmente opera la justicia penal en el tribunal es lo que permite entender la “justicia como “un mundo ni más o menos cruel que la guerra o el comercio”, como “un campo de batalla”, en el cual es indispensable “tomarle las medidas y analizarla tal cual es” (Vergès, trad. 2009).

En ese proceso existe un concepto básico para entender la semejanza entre la dinámica de la guerra y la justicia penal como extensión del campo de batalla: el de neutralización de un adversario para obtener una ventaja. Las ideas de Jakobs, al respecto, suministran claves para comprender lo ocurrido en el derecho penal colombiano, en el cual éste fue pensado en función de aquello que Iván Orozco Abad denomina el “estado de sitio punitivo” y de la indispensable articulación entre guerra y derecho. De una época en la que el estado de sitio autorizaba el juzgamiento de civiles en cortes marciales, se pasó a una en la que ello ya no resultaba necesario debido a que la legislación penal ordinaria fue diseñada estratégicamente para adaptar las prácticas punitivas de la guerra a los tribunales ordinarios o civiles en función del concepto de identificación y neutralización del enemigo como fuente de peligro en momentos anteriores a la realización de actos no cubiertos por la esfera civil interna de aquél.

Si la guerra es la condición fáctica del funcionamiento del derecho penal de enemigo, ¿qué queda del Estado según la tradición occidental? ¿Es la “renuncia a la guerra” una condición esencial para la existencia del Estado? ¿No impugnan dicha tradición los proyectos políticos occidentales configurados sobre la base de la exclusión de los extraños o del enemigo? Las reflexiones de Jakobs apuntan a que el Estado puede ser pensado incluso en escenarios propios de la guerra, y el aseguramiento de los enemigos de la sociedad —no la paz—, su custodia mediante un derecho penal para la lucha, es la condición básica del Estado. Jakobs muestra cómo bajo la punta del *iceberg* existe una amplia zona de combate o de lucha en la cual el derecho penal de enemigo se ha arraigado en la tradición occidental.

Jakobs argumenta que el enemigo no es simplemente un adversario del poder establecido, sino de una sociedad constituida en un régimen de libertades, precisando que el derecho penal de enemigo no puede ser una reacción ilimitada contra aquellos. Si ello es así ¿cómo puede una sociedad constituirse en un régimen de libertades y no incluir en él a sus adversarios más recalcitrantes como una forma de demostrar que se trata de instituciones de libertad? ¿Cuál es el límite de la

exclusión? ¿Es indefinida? ¿El derecho penal de enemigo pretende imponer por la fuerza los valores de una sociedad constituida en un régimen de libertades aun a pesar de la conciencia del “adversario” más recalcitrante?

Apunkte argumenta que Jakobs no es “necesariamente antiliberal” por razonar de ese modo, sólo se enfrenta a unos desafíos de la época contemporánea, especialmente por el problema de la guerra y de cuestiones relacionadas con el terrorismo. La guerra, opina este autor, es un espacio pensado por fuera del derecho, un argumento en la línea de Hobbes sobre el presupuesto fáctico que sirve de base al Estado: la paz (2005: 50). Así mismo, Apunkte enfatiza en que para Jakobs el enemigo no lo es en sentido moral, es decir, no se trata de fracturar los conceptos jurídico-políticos del Estado de derecho con categorías metafísicas como el “bien” o el “mal”, sino sólo de la construcción de una categoría (el enemigo), a partir de una descripción sociológica: el individuo que abandona el derecho de manera permanente, que lo impugna con su comportamiento, no ofreciendo de esa manera la suficiente certeza cognitiva que permita a las instituciones suponer, razonablemente, que mediante la aplicación del derecho penal ese individuo motivará su conducta de tal forma que las expectativas sociales no sean defraudadas en el futuro (2005: 64-65).

En un texto presentado en 2007²⁵ por Jakobs, en la Universidad Externado de Colombia, hay ideas relevantes para entender ya no la ambivalencia de sus puntos de vista iniciales sino para calificar los actuales de claros y radicales en la aceptación —no la resignación—, de los postulados del derecho penal de enemigo. El autor destaca la contraposición entre los límites ideales de la juridicidad y los que el mundo real conoce, dando cuenta de su toma de partido por la manera como el derecho penal es configurado en el marco de las prácticas de un sistema social históricamente determinado. En un momento ulterior, Jakobs anuncia ya lo que será el eje de su reflexión: el postulado según el cual todos deben ser tratados como personas está condicionado a que aquellos “todos” cumplan sus deberes, esto es, siempre que estén controlados o no sean peligrosos (2007: 101). En esta parte introduce un argumento radical: “si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas” (101).

Aunque Jakobs se defiende planteando el carácter puramente descriptivo de sus reflexiones, lo cierto es que cada una de sus ideas está expuesta en términos absolutos para admitir que no es posible, en la sociedad actual, una disolución incondicionada del derecho penal de enemigo, pues para él es necesario aceptar que en algunas zonas el Estado de Derecho está desnudo, pero esto es así para “evitar

25 En el marco de un ciclo de conferencias en la Universidad Externado de Colombia.

que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista" (2007: 102). La historia del derecho penal se mueve en esas dos orillas: por un lado, la ilusión de que es posible un "derecho penal racional, ilustrado", y por otra, el rearme constante para la guerra contra el enemigo, a la manera de una flecha que atraviesa de principio a fin la historia del derecho penal.

IV. Jakobs: la prefiguración del otro como enemigo

En la misión de instrumentalizar el derecho penal para la "lucha" contra los factores de la perturbación, y no para juzgar a ciudadanos, el derecho penal se vale de un lenguaje que prefigura al otro como enemigo, despojándolo del *status* que debe tener. Así se le sitúa por fuera del pacto social y se implementan medidas que no pueden ser legitimadas en el marco del derecho penal para ciudadanos. La prefiguración del otro como enemigo la hace la sociedad, pues Jakobs recuerda que es ésta la que decide quién es enemigo y en qué medida es incluido nuevamente en el contrato social con las garantías de los ciudadanos (2007: 110).

Desde esa perspectiva, el derecho penal de enemigo es un ejemplo del impacto que las ideas concebidas en el sosiego del despacho de un profesor pueden tener sobre el mundo, especialmente cuando algunos de sus postulados parecen una evocación del pasado. Al proceder así tal vez no imaginamos las ideas como instrumentos que pueden contribuir al mejoramiento o a la destrucción del mundo²⁶. Pero ello ocurre cuando utilizamos las palabras para representar la condición humana en nuestro entorno artificial. Reconocerlo así es un paso necesario en la comprensión de las razones por las cuales un sistema de pensamiento puede evocar los "fantasmas" del pasado. Más aún, cuando el lenguaje es el marco de nuestras representaciones. Por medio de él forjamos interpretaciones acerca del mundo y del otro y nos hundimos en el más oscuro de los abismos o escalamos la montaña hasta encontrar la luz; nos quedamos en la caverna o emprendemos la larga marcha del destino²⁷. Por tener tal condición, ciertas expresiones de la política y del derecho penal instrumentalizan el

26 Textualmente, Berlin afirma: "Los conceptos filosóficos engendrados en el sosiego del despacho de un profesor pueden destruir una civilización". Esto que es válido para la filosofía, lo es también a propósito del derecho, ámbito en el cual suele suceder que, so pretexto de usar frases "provocadoras" o de pretender "innovar", no medimos las consecuencias sociales de nuestras ideas. Es común entre los juristas, como ocurre en la política, apelar a ideas que sacrifican el mundo y la vida en beneficio de la vanidad y la oscuridad.

27 William Ospina ha afirmado que el "lenguaje es el más poderoso y el más misterioso de los inventos humanos" (2009: 72). Según él, los escritores han querido "atrapar en el lenguaje la sustancia del mundo".

lenguaje para construir demonios, antes que sean depositarios del mal en el mundo. Ello es indispensable si a través del lenguaje y de la prefiguración del otro como un ser perverso, con grandes fauces y afiladas garras, se quiere estimular o alimentar el miedo para gobernar “eficazmente” mediante el derecho penal.

El *ghetto*, el campo de concentración, o el disparo de un fusil, no comienzan en la planificación o en el arma propiamente dicha, sino en el lenguaje político y jurídico, en el sosiego del despacho de un profesor. En un artículo sobre la limpieza étnica en la ex-Yugoslavia, Kullashi describe, en las primeras líneas, ese proceso de “diabolización del otro”, en el cual ese otro —para el caso de ese artículo, los albaneses— es prefigurado “con rasgos cada vez más monstruosos” (2003: 78).

Kullashi recuerda el papel cumplido por el lenguaje en la transmisión de la ideología serbia y con ella ciertas construcciones políticamente convenientes de la historia en esa tarea de deshumanizar, de adjetivar a quien no se parece al estereotipo cultural serbio y, por tanto, quien debe ser separado de la comunidad política y jurídica. Este autor afirma que los ideólogos del nacionalismo serbio reactivaron el recuerdo de la batalla de Kosovo en 1389, luego de la cual los Balcanes fueron sojuzgados por los otomanos, y cómo a partir de ese episodio histórico se construye el mito de la expansión desmedida de los albaneses en territorio serbio que es necesario conjurar, enfrentar. Así mismo, describe cómo en “esta mitología política, en la que Kosovo es a la vez, cuna y tumba, la natalidad de los albaneses es una “multiplicación espantosa”, una “metástasis dentro del cuerpo sano de nuestro pueblo”, una suciedad en su pureza” (2003: 79). En su artículo, Kullashi cita estas expresiones como frases recurrentes en la prensa de Belgrado y en la revista literaria *Knjizevne novine*, órgano de la “Asociación de escritores de Serbia” que, según el autor, jugó un papel importante en la definición de la política nacionalista.

Existe una responsabilidad moral del científico y de los intelectuales en el uso del lenguaje y en la forma cómo éste sirve de vehículo en la difusión de las ideas. La historia ha enseñado que los procesos de deshumanización, defendidos incluso con inocencia, han impulsado contextos trágicos en los cuales el otro —el enemigo— es condenado a vivir en los terrenos de la irracionalidad. Un científico no puede desligarse de la responsabilidad que le cabe por el uso de las ideas. La oscuridad o falta de claridad, la ambigüedad, lo hacen igualmente responsable si sus ideas han contribuido a legitimar prácticas que nunca ha tratado de justificar.

Tal vez no existan suficientes circunstancias que permitan considerar a Jakobs como “antiliberal”, que su propuesta sea sólo descriptiva y que no tome partido por concepciones autoritarias que fracturan al Estado de derecho. No obstante,

la intencionalidad del lenguaje empleado por Jakobs no es suficiente para refutar las agudas críticas, pues el peligro no radica en Jakobs mismo, sino en la instrumentalización que se hace del mismo para fines distintos a los del Estado de derecho. Es lo que Kullashi llama “la diabolización del otro”, proceso político que puede comenzar en discursos “inocentes”, pero tan elásticos como para construir con ellos ámbitos de deshumanización que conduzcan a la aniquilación, a los campos de concentración, a la tortura, a la privación de las garantías judiciales a los acusados de ciertos delitos o crímenes.

La falta de precisión en torno a lo que significa “el enemigo”, la idea de que puede haber alguien que, impugnando reiteradamente con su comportamiento el sistema jurídico, no pueda esperar ser tratado como persona, forman parte de las ideas concebidas en el sosiego de la oficina de un profesor que pueden llegar a destruir el mundo. Lo que Jakobs denomina derecho penal de enemigo, la vinculación del concepto de persona a una estructura social determinada en la que esa categoría tendría sentido y no como un presupuesto del individuo por su condición de ser humano, no son otra cosa que un método para transformar al otro en un demonio al que hay que temer y combatir por cualquier medio, es un proceso político de deshumanización para “depurar”, “eliminar”, “neutralizar” a quien, mediante el lenguaje, deja de ser un humano.

Jakobs afirma que el “trato con el enemigo no es un trato en derecho”, pues una “sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes”. En todo caso, reconoce que dicho trato por fuera del derecho no legitima el “todo vale” en la tarea de combatir individuos peligrosos. Jakobs concede que la exclusión de ciertos individuos de las garantías que brinda el pacto a todo ciudadano genera una ruptura de los límites del Estado de derecho, pero considera que tal ruptura es necesaria como una medida “óptima” para preservar la seguridad como condición para que un régimen de libertad pueda orientar a los ciudadanos. Sin embargo, ¿es posible hallar límites a aquello que ya no pertenece al derecho. ¿Cuáles son esos límites a los que se sujeta un derecho penal “policial”, es decir, un derecho para administrar el miedo a los extraños o el peligro? ¿Cuáles son aquellos límites que deben ser respetados a individuos excluidos por la sociedad? Si el derecho penal de enemigo no es una reacción ilimitada contra el adversario, ¿cuáles son las garantías que deben ser ofrecidas a quién no es persona para evitar el desbordamiento de esa clase de derecho penal? ¿Esas garantías son una extensión del contrato social a un ámbito invadido por la guerra?

Estas preguntas son aún más pertinentes si recordamos que Jakobs ha afirmado que es la sociedad la que decide quién es enemigo y quién no lo es. Pero Jakobs olvida

que una sociedad es algo aún lo suficientemente abstracto como para no indicar con precisión quién decide sobre tal condición. El argumento tendría que ser completado afirmando que son aquellos grupos sociales dominantes los que asumen el poder de definir políticamente quiénes son los extraños o los enemigos a los que hay que combatir. En todo ello Jakobs critica duramente la ilusión de quiénes suponen que un Estado de Derecho puede subsistir sin el derecho penal de enemigo, pero al mismo tiempo él cae en la ilusión según la cual es posible hallar límites para contener el derecho penal de enemigo, de tal modo que no contamine al derecho penal de los “ciudadanos”. Él reconoce —el derecho penal colombiano así lo demuestra— que en la realidad el derecho penal de enemigo y el derecho penal para ciudadanos no se encuentran estado puro. Si ello es así ¿es posible legitimar un “derecho penal” para administrar el miedo que atrapa por igual a quienes Jakobs llama “ciudadanos” y “enemigos”? Cuando Jakobs habla de los “terroristas” como “enemigos” que deben ser combatidos si el Estado de derecho quiere mantenerse como algo que “realmente acontece” pierde de vista que una pregunta fundamental está referida a los intereses estratégicos que están en juego en la denominada “guerra” contra el “terror”: ¿Seguridad de los ciudadanos? ¿Control político, económico y militar de regiones específicas? ¿Dominación cultural?

Jakobs se refiere al derecho penal liberal o adecuado al Estado de derecho como a un navegante en el mar de la ilusión, de lo políticamente correcto, y cree defender un realismo jurídico penal cuando asume los postulados del derecho penal de enemigo como un mal necesario para garantizar la pretensión de seguridad cognitiva en la que se desenvuelve la interacción social. Pero al mismo tiempo Jakobs cae en una ilusión similar cuando supone que es posible encontrar límites en ese espacio más allá del derecho (más allá de la imagen en el espejo) y que el Estado que “realmente acontece” busca la defensa de la seguridad de sus ciudadanos. En todo caso, un mérito de Jakobs es haber demostrado que un derecho penal ilustrado hasta ahora no es más que una quimera.

Bibliografía

- AMBOS, KAI (2007). *Derecho penal del enemigo* (C. Gómez-Jara Díez & M. Lamadrid, Trads.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID (1999). *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de Los Andes.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID (2005). *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá D.C., Colombia: Temis.

- ARIZA HIGUERA, LIBARDO JOSÉ, CAMMAERT HURTADO, FELIPE, E ITURRALDE SÁNCHEZ, MANUEL ALEJANDRO (1997). *Estados de excepción y razón de estado en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes.
- BERLIN, ISAAH (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- EXNER, FRANZ (1957). *Biología criminal*. (J. del Rosal, Trad.). Barcelona, España: Bosch, casa editorial. (Trabajo original publicado en 1939)
- FRIEDLÄNDER, SAUL (2009). *El tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución* (A. Herrera, Trad.). Barcelona, España: Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores.
- HOYER, ANDREAS (2009). "Ciencia del derecho penal y nacionalsocialismo". En *Revista penal n.º 23*. Huelva, España: Universidad de Huelva.
- JAKOBS, GÜNTHER (1997). "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". En *Estudios de derecho penal* (E. Pañaranda, C. J. Suárez González & M. Cancio Meliá, Traductores). Madrid, España: Civitas – UAM.
- JAKOBS, GÜNTHER (2003). "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". En *Derecho penal del enemigo* (M. Cancio Meliá, Trad.). Madrid, España: Civitas.
- JAKOBS, GÜNTHER (2004). "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente" (T. Manso Porto, Trad.). En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (F. Muñoz Conde, Coord. Versión española). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, GÜNTHER (2006). "¿Terroristas como personas en Derecho?". En Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, Vol. 2. Madrid, España: EDISOFER S.L., pp. 77-92. Recuperado el 20 de octubre de 2010, en <http://neopanopticum.wordpress.com/2008/08/30/%C2%BFterroristas-como-personas-en-derecho-g-jakobs/>.
- JAKOBS, GÜNTHER (2007). "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad". En Montealegre Lynett, E. (Ed.). *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación, tomo II*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- KULLASHI, MUHAMEDIN (2003). "Limpieza étnica en la ex-Yugoslavia". En *Praxis filosófica*, n.º 16. Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- MARQUARD, ODO (2006). *¿El manifiesto pluralista?* En *Felicidad en la infelicidad. Reflexiones filosóficas* (N. Espinosa, traductor). Buenos Aires, Argentina: Katz editores. (Trabajo original publicado en 1996).

- MAUPASSANT, GUY DE (2010). *“La señorita Cocotte”*. En *Cuentos esenciales* (J. R. Monreal, Trad.). Barcelona, España: Debolsillo. (Publicado originalmente en 1883).
- MEZGER, EDMUND (1942). *Criminología*. (J. A. Rodríguez Muñoz, Trad.). Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado. (Trabajo original publicado en 1933).
- MÜLLER, INGO (2007). *Los juristas del horror* (C.A. Figueredo, Trad., 2ª. reimpresión de la 1ra. edición en español). Caracas, Venezuela: Editorial Actum.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2003). *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- OSPINA, WILLIAM (2009). *“El sentido del libro”*. En *La escuela de la noche*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Norma.
- SADE, D. A. F. (1996). *Filosofía en la alcoba*. Bogotá D.C., Colombia: FICA.
- SAINT-JUS, LOUIS ANTOINE LEON (1987 [1792]). *“Acerca del juicio contra Luis XVI. Primer discurso sobre ese tema pronunciado el 13 de noviembre de 1792”*. En Bernat Muniesa *El discurso jacobino en la Revolución Francesa* (J. Vinyoli, trad.). Barcelona, España: Editorial Ariel .
- SCHLINK, BERNARD (2005). *“¿Por qué Carl Schmitt?”*. En Lelio Fernández (Editor) *Precedente. Anuario Jurídico*. Santiago de Cali, Colombia: Universidad ICESI.
- SCHMITT, CARL (2001). *“Teología política I”*. En Orestes Aguilar H. (Ed.). *Carl Schmitt, teólogo de la política* (1ra. Ed.). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- STEINBECK, JOHN (2008). *El breve reinado de Pepino IV* (1ra. Ed.). Barcelona, España: NAVONA.