

INVESTIGACIÓN

La teoría crítica de los derechos humanos como punto de partida para combatir el derecho penal del enemigo

Yennesit Palacios Valencia*

* Abogada por la Universidad de San Buenaventura sección Medellín, en la que también ha sido docente-investigadora coordinando la Línea en Género y Multiculturalismo en el área de Derechos Humanos. En la Universidad Santo Tomás de Medellín ha coordinado el Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional. Es especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, magister y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, y magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Correo electrónico: <yennesit.palacios@gmail.com>.

Resumen

Este escrito está basado conceptual y metodológicamente en la teoría crítica de los derechos humanos, para evidenciar diversos malestares que afectan la dignidad humana por acciones que atentan claramente contra los derechos humanos cuando se configuran en la praxis jurídica tendencias que justifican la aplicación de un derecho penal del enemigo.

Palabras clave: derechos humanos, teoría crítica, derecho penal, derecho penal del enemigo, dignidad humana.

Abstract

This paper is based conceptually and methodologically in critical theory of human rights, for highlight different various problems affecting human dignity, for actions that clearly violate human rights, when setting trends in legal practice that justify the application of a enemy criminal law.

Keywords: human rights, critical theory, criminal law, criminal law of the enemy, human dignity.

Sumario

I. Introducción; II. ¿A qué llamar *teoría crítica*?; III. Teoría crítica multidisciplinar; IV. Elementos que componen la metodología seleccionada; V. ¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?; VI. Sobre el derecho penal del enemigo; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Esta investigación tiene sus bases metodológicas por necesidad histórica, revolucionaria y reflexiva en la teoría crítica de los derechos humanos, como forma razonada de sensibilizar sobre lo humano, propuesta alternativa a las maneras tradicionales de ver el mundo más allá de las estructuras dominantes, pues una teoría crítica de derechos humanos denuncia y revela los malestares de la época para problematizar, desestabilizar y transformar las acciones puestas al servicio de la misma sociedad, pero evidenciando la realidad con sus riesgos como punto de partida para militar en procesos culturales emancipadores, en acciones sociales de construcción y reconstrucción de vías alternas a los procesos hegemónicos en función de una posible superación.

Problematizar la realidad es “crear condiciones que permitan un encuentro efectivo con los seres humanos y con lo otro: *la naturaleza que nos alimenta y nos envuelve*. Ese encuentro hace posible una liberación del pensar; o, en otros términos, va a permitirnos salir de los callejones sin salida del que nos encierran las propuestas teóricas descontextualizadas”.¹ Es lo que Marcuse llamaría *la energía de la naturaleza y la historia, la estructura interna de todo ser*,² en ese pensar la historia para reconstruirla y superarla.

Por ello, una teoría crítica de derechos humanos en un diálogo cultural, como metodología de acceso a la realidad, nos pone en contacto con la historia, nos exige el contexto y superar dogmatismos y construir posibilidades de crítica al conjunto de

¹ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de La Catarata, 2005, p. 52.

² Herbert Marcuse, *Reason and revolution*, Boston, Beacon Press, 1960, pp. VIII-IX, citado en José Luis Vega Carballo, “Hegel y la teoría crítica de Herbert Marcuse”, en *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. VIII, núm. 26, Costa Rica, Facultad Central de Ciencias y Letras, 1970, p. 47.

interpretaciones dominantes.³ Supone una determinada antropología: estar en el mundo (y serlo) para *aprenderlo* socialmente y comunicarlo liberadoramente,⁴ lo cual implica asumir el derecho no como un dogma, sino como una herramienta de lucha por la dignidad y la libertad.

Así pues, pensar una teoría de los derechos humanos y llamarla *crítica* en el pensamiento de Joaquín Herrera —en un intento de construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los derechos humanos en el mundo contemporáneo— tiene varias implicaciones. Por un lado, involucra resistencia frente a las estructuras de dominación y, por el otro, entender a los derechos humanos como una apuesta ante disposiciones críticas y subversivas,⁵ “como normas que nos proporcionan medios concretos para actuar frente a la desigualdad de posiciones ocupadas en los procesos de acceso a los bienes”.⁶

La *crítica*, en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical y lo desmitificador, asume la “función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas. Una posición de esta magnitud tiene que ser vista, por lo tanto, no sólo como una evaluación ‘crítica’ de nuestra condición presente”,⁷ sino como una visión crítica que se valora en la medida en que trabaja en la dirección de una nueva existencia. En esa medida, si se quiere cambiar la realidad social y hacer otro mundo posible “se tienen que cambiar también las palabras que nombran el mundo. Ampliar el espacio de lo posible, para también ampliar los límites de lo que puede decirse (esto es pensarse)”.⁸

Es una ideología que renace también la reflexión *iusfilosófica* del movimiento ilustrado en el pensamiento de la Escuela de Frankfurt, por hacer reflexiones de manera crítica de la realidad social, al marcar indignación ante la crueldad sistemática en el propio actuar humano. Situación que manifiesta el riesgo y el debilitamiento del proyecto ilustrado para cumplir con el cometido de buscar sociedades más justas e igualitarias, circunstancias que ponen en duda la idea de

³ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005, p. 85.

⁴ Helio Gallardo, “Teoría crítica y derechos humanos: Una lectura latinoamericana”, en *Revista derechos humanos y estudios sociales*, núm. 4, julio-diciembre de 2010, pp. 88 y 89.

⁵ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños (Colección Ensayando), 2005, p. 84.

⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁷ Antonio C. Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, ILSA, 2006, p. 27.

⁸ Andrés García Inda, “Los derechos de Robinson: algunas reflexiones en torno a derechos y responsabilidades”, en Andrés García Inda y Carmen Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de La Catarata, 2008, p. 7.

dignidad y libertad, pilares básicos en cualquier discurso soportado por los derechos humanos.

Con la teoría crítica se intenta problematizar para controvertir acciones que han sido toleradas y concebidas por el poder hegemónico, para impulsar las garantías conquistadas a lo largo de la historia. Por tal motivo, lo que aquí se intenta problematizar es lo que lleva por nombre el *derecho penal del enemigo*, para provocar y alertar, como mecanismo de resistencia, sobre la presencia de un grave malestar que atenta de manera clara contra los derechos humanos, al plantearse y aplicarse una doctrina de combate contra individuos especialmente peligrosos que no merecen el trato de *persona*. Se pretende entonces –como fórmula de reproche– llamar la atención, o mejor aún, visibilizar dicha tendencia, pues como describe Adorno en *Pensar contra la barbarie*, se intenta “hacer visible y recordar lo que no está a la vista: el sufrimiento pasado y la posibilidad de lo otro frente al *statu quo* existente”.⁹ Con ello, la pretensión es generar opciones para transformar, pues las vocaciones legislativas con las constantes reformas procesales y penales en el eje planetario se hacen cada día más peligrosas, pues se restringen cada vez más los derechos humanos con estereotipos sociales como los del *enemigo*.

II. ¿A qué llamar teoría crítica?

Visibilizar problemáticas actuales adquiere una importancia crucial cuando se trabaja en el marco de cuestiones y problemas de gran amplitud como son los derechos humanos, cuando se afecta de manera directa la dignidad. Por ello, se debe “tener claro desde el principio, que en ésta cuestión de lucha por la dignidad hay muchos caminos y muchas formas de acción a los propuestos por la cultura de derechos que prima en nuestro contexto cultural”.¹⁰ Por ende, construir una cultura de derechos humanos exige un esfuerzo político permanente, ya que ellos no pueden derivarse de ninguna condición innata o de la inercia de las instituciones.¹¹

Desde esta perspectiva, los derechos humanos deben considerarse como la puesta en práctica de disposiciones críticas con respecto al conjunto de posiciones des-

⁹ José Antonio Zamora, *T. W. Adorno: Pensar contra la barbarie*, Madrid, Trotta, 2004, p. 129; Meritzell Peleato García, “La actualidad ética del pensamiento de T. W. Adorno”, en *Astrolabio. Revista electrónica de filosofía*, núm. 1, 2005, disponible en <http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones1/Recensi%F3n_Adorno.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.

¹⁰ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, op. cit., p. 19.

¹¹ Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, David Sánchez Rubio, 2008, p. 5.

iguales que las personas y grupos ostentan tanto a un nivel local como global.¹² Pero para ello o, en otros términos, para que los derechos humanos no puedan utilizarse con el fin de eternizar las desigualdades y los obstáculos que el modo de relaciones sociales basado en la acumulación de capital impone, se necesita poner en práctica un conjunto de estrategias antagonistas que nos sirvan de guía o metodología de una acción emancipadora,¹³ y esto es lo que lleva al desarrollo de una teoría crítica de los derechos humanos.

El pesimismo y desconfianza en la capacidad del mismo hombre para organizar racional y dignamente su entorno fue lo que suscitó un giro de pensamiento nuevo y atrevido de cara a muchos matices y realidades histórico-culturales, para cuestionar el pensamiento dominante, porque aquel “abandona voluntariamente su elemento crítico y se convierte en mero instrumento al servicio de lo existente y contribuye sin querer a transformar lo positivo que había, abrazando en algo negativo, destructor”.¹⁴ Por ello, la teoría crítica intenta alertar, entre otras cosas, sobre el manejo de la razón, ya que el pensamiento se convierte inevitablemente en mercancía y el lenguaje en elogio de la misma.¹⁵

En este sentido, hay que ser capaces de superar las abstracciones en las que se sustenta la teoría tradicional de los derechos y proponer una reflexión que impulse, sistematice y complemente las prácticas sociales en un sentido crítico, subversivo y transformador.¹⁶ Así pues, solamente una *teoría crítica* puede desembocar en la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin liberación.¹⁷

Con estas bases se inspiró *la Dialéctica de la ilustración*, obra que muestra algunos retos que deben ser superados en el enigma de las luchas de clases, apostándole a una verdadera ideología que no justifique el escenario sociocultural imperante por ser adverso y despótico, buscando una coexistencia más que racional, humana, creando condiciones para que las personas puedan experimentar otra forma de ver el mundo, “trabajando con un gran compromiso social emancipatorio de las estructuras establecidas en la sociedad moderna, para comprender

¹² Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 84.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 86.

¹⁷ Antonio Wolkmer, op. cit., p. 29.

porqué la humanidad en lugar de alcanzar un estado verdaderamente humano se hunde en una forma nueva de barbarie”.¹⁸

Esta situación directamente amenaza a la civilización por la complejidad de procesos que dieron origen a la modernidad, en un conjunto de hechos que tienden al colapso, pues se asiste a una cultura de masas donde la ciencia y el conocimiento se ponen al servicio de la producción de valores y símbolos claramente estereotipados.¹⁹ Esta aporía que se presenta, según Theodor W. Adorno y Horkheimer, obedece a la autodestrucción de la ilustración. Donde la libertad, concepto inseparable del pensamiento ilustrado, contiene ya el germen de aquella regresión que hoy acontece por doquier.

Estos malestares han impulsado un pensamiento crítico y emancipador, lo cual obliga a construir una teoría crítica de los derechos humanos. Pero a ¿qué debemos llamar *crítica*? o, dicho de otra forma, ¿*qué es la crítica*? El francés Rancière,²⁰ propone que si un *pensamiento crítico* existe hoy, es la actividad que evalúa la multiplicidad de los movimientos sociales y la multiplicidad de los discursos radicales bajo el criterio de la condición de posibilidad de cualquier política emancipadora que sea la presunción de igualdad.

Por su parte, Foucault,²¹ para intentar responder dicha cuestión, manifiesta que es necesario tener a la mano algunos propósitos en torno a un cierto proyecto que no ha dejado de formarse, prolongarse y renacer en los confines de la filosofía –muy cerca de ella, contra ella, a sus expensas–, en dirección de una filosofía por venir, en el lugar, quizás, de toda filosofía posible. Según dicho autor, la respuesta estaría dada porque al parecer “en el Occidente moderno –ubicado, toscamente, empíricamente desde los siglos XV y XVI– una cierta manera de pensar, de decir, de actuar, una cierta relación con lo que existe, con lo que se sabe, con lo que se hace, una relación con la sociedad, con la cultura, una relación, también con los otros, suscito lo que se pudiera llamar, digamos, la *actitud crítica*”.

¹⁸ Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ *Ibidem*, p. 30.

²⁰ Jacques Rancière, “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”, en *Estudios Visuales*, núm. 7. Retóricas de La Resistencia, 2009, p. 89, disponible en <http://www.estudios-visuales.net/revista/pdf/num7/05_ranciere.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.

²¹ Véase la traducción de la conferencia dictada por el autor el 27 de mayo de 1978 ante la Sociedad Francesa de Filosofía: Michel Foucault, “Crítica y Aufklärung, [¿*Qu’est-ce que la critique?*]”, trad. de Jorge Dávila, en *Revista de Filosofía-ULA*, núm. 8, 1995, pp. 1 y 2, disponible en <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>, página consultada el 13 de junio de 2013.

Ser críticos de un determinado orden es “siempre una actitud abierta a nuestra capacidad humana de indignación. Lo distintivo del pensamiento crítico es, pues, y valga la redundancia, su función crítica, es decir, su riqueza en el rigor con el que acomete esta tarea de aumentar nuestra indignación y en su potencialidad de expandirse multilateralmente, tanto en lo que se refiere a las cuestiones de justicia como a las de explotación”.²² Diversos pensadores en diferentes épocas lo han reiterado, Boaventura de Sousa Santos,²³ por ejemplo, insiste en que necesitamos otro tipo de racionalidad, y es allí donde impulsa un tipo de racionalidad más amplia, precisamente para reinventar la teoría crítica de acuerdo a las necesidades de hoy. También para Hebert Habermas, la crítica en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical y lo desmitificador, asume la “función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”.²⁴

La crítica sería a los ojos de Immanuel Kant lo que él podría decir: *¿Sabes bien hasta dónde puedes saber?*, razona tanto como quieras pero *¿sabes bien hasta dónde puedes razonar sin peligro?* En resumen, la crítica dirá que nuestra libertad se juega menos en lo que emprendemos, con más o menos coraje, que en la idea que nos hacemos de nuestro conocimiento y de sus límites.²⁵ Pero criticar no consiste en “destruir para crear o en negar para afirmar [...]”. Ser crítico supone afirmarse en los propios valores como algo que es preciso implementar en luchas y garantizar con todos los medios posibles. Y, paralelamente, mostrar las contradicciones y las debilidades de los argumentos y las prácticas que se nos oponen”.²⁶

Esa aptitud *crítica*, en palabras de Paulo Freire,²⁷ también puede comprender aquel conocimiento que no es dogmático ni permanente, pero que existe en un continuo proceso de autoconstrucción. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento crítico sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad. En tal sentido, como decía Ernst Bloch, criticar no consiste únicamente en decir “no”, sino en afirmar un “sí a algo diferente”.²⁸ De esta manera, si algún tipo de pensamiento

²² Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 55.

²³ Boaventura De Sousa Santos, *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), 2005, p. 44.

²⁴ Antonio Wolkmer, op. cit., p. 27.

²⁵ Michel Foucault, op. cit., p. 6.

²⁶ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 55.

²⁷ Paulo Freire (1994), citado en Antonio Wolkmer, op. cit., p. 27.

²⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 56.

crítico es necesario hoy en día es el pensamiento que se sale del circuito de *ignorancia y culpabilidad*.²⁹

Por tal razón, los derechos como los *caminos de dignidad* constituyen temas que siguen siendo hoy susceptibles de *otra mirada*, de un *mirar mejor*,³⁰ para no caer en la idea de que la dominación se autoimpone ante la ignorancia e ilusiones de sus sujetos,³¹ y así intentar pensar de otro modo; en tanto, pensar no es repetir, es revelarse a las otras formas de pensar. Dado que el pensar en sí, en palabras de Horkheimer,³² tiende a ser reemplazado por ideas estereotipadas. Éstas por un lado, son tratadas como instrumentos puramente utilitarios que se toman o se dejan en su oportunidad y, por otro, se las trata como objetos de devoción fanática. Pensar de otro modo “sólo es concebible, pues, como la ‘reacción’ cultural más importante que podamos llevar a cabo. En esto consiste eso que podemos llamar el proceso de humanización de lo humano”.³³

En general para Adorno y los teóricos de la Escuela de Frankfurt³⁴ *crítica* quiere decir la “aceptación de la contradicción y el trabajo permanente de la negatividad, presente en cualquier proceso de conocimiento”. En fin, razón, libertad, justicia social y dignidad son ideas básicas que soportan el arquetipo de la crítica, estrategias que muchas veces por el descontento de la época tienden al pesimismo. No obstante, lo que a aquí se quiere explicar es la necesidad de alternativas de cambio, que coincidan con la puesta en función de estándares mínimos de bienestar, que dignifiquen lo que significa ser seres humanos, para intentar ser más humanos en la construcción y humanización del derecho.

III. Teoría crítica multidisciplinar

Repensar los derechos humanos a través de la teoría crítica demuestra que el vivir día a día implica nuevos retos, desafíos que hacen un llamado a ver el derecho con otros ojos, y verlo con otros ojos puede significar mucho o poco dependiendo de la forma como se mire. Desde mi perspectiva, la ideología con la que se

²⁹ Jacques Rancière, *op. cit.*, p. 89.

³⁰ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, *op. cit.*, p. 34.

³¹ Jacques Rancière, *op. cit.*, p. 89.

³² Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, 2ª ed., trad. de H. A. Murena y D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Sur, abril de 1973, p. 66.

³³ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, *op. cit.*, p. 44.

³⁴ *Ibidem*, p. 29.

ha utilizado la enseñanza en los derechos humanos tiene dos caras: una que lo utiliza como instrumento para manipular el poder y justificar actos de barbarie, y otra que le apunta a la defensa de las clases sociales excluidas y marginadas para abrir espacios de lucha por la dignidad humana, en la búsqueda no menos compleja de construir un mundo justo e igualitario.

La teoría crítica³⁵ surge tornando explícito su compromiso con la realidad social y algunos de sus sectores. Por ende, no puede entenderse como un compendio de propuestas teóricas dadas de una vez por todas, sino a manera de un análisis del proceso histórico que debe constituirse desde un presente concreto, repensando y reelaborando las contribuciones realizadas en esta tradición.

Por lo tanto, su cometido hoy sería recibir esta gran *herencia teórica* y actualizar sus herramientas de análisis desde la experiencia de unas circunstancias transformadas porque, como muy bien ha expresado Helio Gallardo en sus discursos, la teoría crítica o bien es respuesta a la actualidad, o no es nada. Su objetivo es “comprender la dinámica de los procesos sociales, pero el motor de esta comprensión es el impulso de intervenir en ellos, de intentar responder a la injusticia y al sufrimiento socialmente producido que persisten y siguen pesando sobre los sujetos”.³⁶

Esta apuesta teórica se juega su sentido en el marco de las acciones sociales. De ahí su constante atención al estado de las luchas por la dignidad en nuestro mundo y el convencimiento de que para hablar de derechos humanos y actuar en función de éstos exige la asunción plena de compromisos y deberes con respecto a los otros, a nosotros mismos y a la naturaleza. Nuestro fin es claro: *proponer una nueva cultura de derechos humanos en la que si los hechos contradicen la teoría, peor para la teoría*.³⁷

Tal afirmación es evidente y no menos compleja, es un reto y una lucha constante, ya Hannah Arendt³⁸ ha reiterado también dicha dificultad, pues decir que *existen* unos derechos humanos conlleva un doble expolio: “a) dan a un hombre abstracto, que no existe, los atributos que no tiene el hombre concreto y b) se niega a la cruda realidad (de hombres sin derechos) capacidad de significación teórica”. Críticas a los derechos humanos que no surgen, evidentemente, del poco aprecio

³⁵ Helio Gallardo, *Teoría crítica y derechos humanos*, op. cit., pp. 87 y 88.

³⁶ Jordi Maiso, “Actualidad de la teoría crítica”, en *Revista de teoría crítica*, núm. 1, noviembre de 2009, p. 177, disponible en <http://www.constelaciones-rtc.net/01/01_16.pdf>, página consultada el 13 de octubre de 2012.

³⁷ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 86.

³⁸ Manuel Reyes Mate Rúperez, *Hannah Arendt y los derechos humanos*, Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXVI 742, marzo-abril de 2010, p. 4.

por esa figura, sino del máximo reconocimiento de su significación. Los derechos humanos son la joya de la corona de la modernidad. Tomárselos en serio significa repensar el lugar en ellos de todos aquellos seres humanos que no tienen más capital que su dignidad de origen.³⁹

Todas estas apreciaciones son la base de una manifestación renovadora para desestabilizar y ser capaces de enunciar, “aproximadamente al menos, qué es lo que está mal. Pero lo esencial del problema reside, en que se presentan grandes dificultades para hacer precisamente eso”.⁴⁰ Sin embargo, más allá de identificar cuestiones por problematizar, es necesario proponer alternativas de cambio que generen opciones de bienestar en la meta de dignificar al ser humano, para que los derechos humanos no se conviertan en los “derechos del mercado”, pues aquellos serán siempre el resultado de luchas por la dignidad.⁴¹

Este repensar de los derechos humanos como centro de las preocupaciones y controversias contemporáneas tiene una gran carga semántica, máxime cuando se recrimina a quien piensa y actúa de un modo diferente. El que se rebela, por lo tanto, corre el riesgo no sólo de ser tachado, sino también de perder sus derechos, “nos han robado los derechos y nosotros seguimos empeñados en buscarlos iluminados por la retórica y la ideología de los ladrones”.⁴² Derechos que se han ganado a través de luchas sociales, se han perdido, por ello “los derechos humanos constituyen el principal reto para la humanidad en los umbrales del siglo XIX”.⁴³

IV. Elementos que componen la metodología seleccionada

La aplicación o, dicho de otra forma, la idea de subsumir una teoría crítica como movimiento de indignación frente a lo intolerable debe ser armonizada en la práctica como referente para alumbrar, en el sentido de dar luces ante las sombras que hacen invisible lo visible, factor relevante también en la *función social del conocimiento*,⁴⁴ sobre todo de un conocimiento que no olvida ni invisibiliza las condiciones en las que se sitúa y a las que pretende transformar.⁴⁵ Es una forma

³⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 63.

⁴¹ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 26.

⁴² Joaquín Herrera Flores, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwe, 2000, pp. 24-26.

⁴³ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 11.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁵ *Idem*.

cultural de “percibir e interactuar con lo real”,⁴⁶ como reacción y estrategia de lucha por la dignidad, para visibilizar las tantas facetas de la visión compleja en la que se han asumido los derechos humanos, lucha que ha sido constante a lo largo de toda la historia de la humanidad. Problemática trascendental como sustancial no sólo en la praxis jurídica sino en el contexto global donde en ocasiones los seres humanos también “son degradados a puro material superfluo”,⁴⁷ –superfluos en cuanto personas–, pues lo “otro” sólo es visto como un objeto que puede ser manipulado por la voluntad “superior” del que coloniza.⁴⁸

Es por ello que, desde la corriente teórica del maestro Joaquín Herrera, se propone un esquema para dar luz y representar con estrategias racionales –no de estructuras–, conocimientos que tengan relevancia para las prácticas no sólo jurídicas sino sociales. Esta estrategia se ilustra en lo que el autor ha denominado el *diamante ético*,⁴⁹ para facilitar el pensamiento crítico a las partes del proceso educativo y a los actores sociales, posibilitar los elementos que componen la realidad de los derechos.

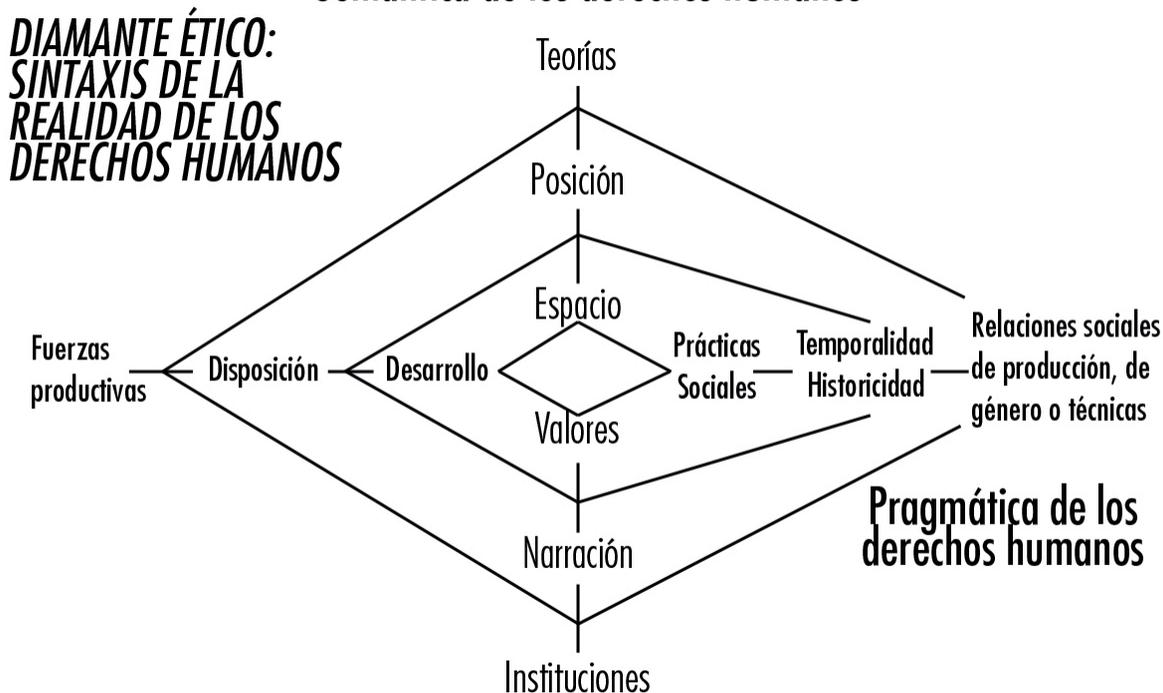
⁴⁶ Joaquín Herrera Flores, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*, trad. de Nilo Kaway Junior, Porto Alegre, Movimento, 2007, p. 61.

⁴⁷ José Antonio Zamora, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010, p. 247.

⁴⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹ El diamante ético, según el autor, constituye un sistema integrado de cristales que se ha ido formando a lo largo del tiempo por superposiciones de materiales que, al final, convergen en la maravillosa figura de la joya. Los derechos humanos, vistos desde una perspectiva crítica y contextualizada –no como justificaciones ideológicas de los neo/colonialismos contemporáneos–, pueden convertirse, no en una joya a contemplar, sino en el resultado de luchas que se van superponiendo a lo largo del tiempo y que son impulsadas, tanto por categorías teóricas (línea vertical de nuestro diamante) como por categorías prácticas (línea horizontal de la figura). Véase al respecto, Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

Semántica de los derechos humanos



Fuente: Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., pp. 108 y 109.

La idea de esta imagen sería entender los derechos en su complejidad de manera holística y sus elementos no se agotan en los términos propuestos por el autor, por el contrario, si los derechos humanos son productos culturales⁵⁰ esto permitiría época tras época recrear dichos elementos conforme a las exigencias sociales para no limitar su ejercicio a una simple estructura, pues el esquema sólo constituye un mínimo posible para entender cada realidad en la que subyacen los derechos.

En esa medida, como eje transversal de apoyo desde cualquier ángulo que se pueda observar, el análisis propuesto debe partir de la dignidad pues los derechos humanos son un logro histórico “por la sencilla razón de que ahí se mide la dignidad del hombre por el nacimiento y no por la cuna”.⁵¹ Pero, sin lugar a dudas, esta pluralidad de enfoques y perspectivas no nos deben llevar a desdeñar y rechazar

⁵⁰ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, op. cit., p. 19.

⁵¹ Manuel Reyes Mate Rúperez, op. cit., p. 1.

un valor eje, sobre el cual articulamos el germen, fundamento y reconocimiento de los derechos humanos actuales”.⁵²

El objetivo, pues, de esta imagen metodológica se basa en “la idea de que tanto la dignidad humana como los derechos no son elementos aislados ni dados con anterioridad, sino que se construyen paso a paso por la propia comunidad o grupo afectado, lo que les otorga un carácter de derechos en movimiento que se pueden generar y revisar a través de la metodología que se propone”.⁵³ En el entendido que los derechos humanos son “parte de procesos dinámicos que permiten la apertura y la siguiente consolidación y garantía de espacios de lucha por la particular manifestación de la dignidad humana”.⁵⁴

A través de sus diferentes ejes tanto verticales como horizontales, uno a uno están íntimamente ligados en una especie de colaboración armónica. Necesitan estar interconectados para conseguir el mínimo exigible para entender la realidad compleja de los derechos humanos, donde el centro mismo será siempre la idea de dignidad,⁵⁵ porque los conceptos para enfrentar lo nuevo, la discontinuidad, la ruptura, la revolución, hoy no los tenemos⁵⁶ y hay que soportarlos, a través de las luchas sociales. El problema es que los elementos “existentes si son instrumentos hegemónicos por definición, no van a resolver nuestras inquietudes, nuestras aspiraciones, y no van a conseguir lo que queremos lograr, que es una sociedad más justa, reinventar la emancipación social”.⁵⁷

Si lo que se debate no tiene en cuenta dichos elementos puede resultar inútil o poco productivo para asumir una reflexión crítica de la realidad, si se intenta con ello “ir contra la banalización de las desigualdades e injusticias globales que un pensamiento descomprometido y acrítico defiende”.⁵⁸ Esta constatación nos obliga a todos los que “estamos comprometidos con una versión crítica y emancipadora de los derechos humanos a contraponer otro tipo de racionalidad más atenta a los deseos y necesidades humanas que a las expectativas de beneficio inmediato del

⁵² Rafael E. Aguilera Portales, “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, enero de 2007, p. 59.

⁵³ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 108.

⁵⁴ Joaquín Herrera Flores, “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, en *Dikaiosyne. Revista de filosofía práctica*, núm. 12, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2004, p. 54.

⁵⁵ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., pp. 110 y 111.

⁵⁶ Boaventura De Sousa Santos, op. cit., p. 72.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

⁵⁸ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 96.

capital”,⁵⁹ por ello se necesita una perspectiva crítica, es decir, emancipadora. La asunción en las luchas de esos compromisos y deberes es la esencia de los derechos humanos.⁶⁰

v. ¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?

Hasta lograr su actual preeminencia, los derechos humanos cursaron una lenta y difícil historia: “fueron primero derechos por reflejo, esto es, mera consecuencia de los deberes impuestos al monarca, no facultades dadas directamente a los hombres. A continuación se les entendió como facultades de privilegio conferidas a estamentos y corporaciones, más no a los individuos en su calidad de tales”.⁶¹ Así aparece, en términos de Richard Rorty, “una cultura de los derechos humanos”⁶² para contrarrestar la “miopía” humana en la que han sido asumidos los avances producto de las grandes revoluciones.

En los términos del sociólogo francés Alain Touraine,⁶³ aquello significaría reactivar, desde esta óptica, la reivindicación de los movimientos sociales para repensar la transformación de la misma sociedad, acudiendo a elementos como la *historicidad* para su evolución y cambio. Expresión cultural clave para concretar las exigencias de los actores sociales, en el intento de construir un compromiso social emancipatorio en el que insiste Joaquín Herrera Flores, por la apuesta en la lucha por la dignidad desde la teoría crítica. Aquél no solo acude a la historicidad sino a los valores, las prácticas sociales e instituciones, elementos que en últimas fechas pretenden afianzar el criterio de riqueza humana para “comparar y enjuiciar cuestiones de choque o conflicto”.⁶⁴ Es lo que Horkheimer llamaría

⁵⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁰ Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, op. cit., p. 107.

⁶¹ Sergio García Ramírez, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie G, Estudios doctrinales núm. 5), 1980, p. 157, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>>, página consultada en noviembre de 2012.

⁶² Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”, en *Batallas éticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995, p. 59.

⁶³ Véanse al respecto, Alain Touraine, *La sociología de la acción*, Barcelona, Ariel, 1969; Alain Touraine, *Producción de la sociedad*, México, UNAM, 1995; y Alain Touraine, *Crítica a la modernidad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1994.

⁶⁴ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 179.

el *criterio de verdad* de toda teoría social, para facilitar y aumentar nuestra capacidad de indignación frente a lo que ocurre en nuestro alrededor; y la capacidad de crear nuevos marcos de composición de los fenómenos (estados de hecho o entornos de relaciones) que nos permitan construir nuevas formas de vida y nuevos modelos de reacción cultural ante el presente que vivimos.⁶⁵

En esta tarea, evidenciando cuestiones de choque o de conflicto —en respuesta a esa marcada indignación—, necesariamente surgirán opositores si se parte de la base de que el poder hegemónico o el sistema legitimado por los mismos Estados son los que, en ocasiones, contradicen los pilares básicos sobre los que se soportan los derechos humanos. Piénsese al respecto en elementos, todos ellos conexos, tales como la *libertad, igualdad y dignidad*, centrales en lo que se quiere transmitir cuando se reafirma la apuesta teórica aquí esbozada.

Tales elementos, y otros tantos, se ven afectos en la praxis jurídica no sólo cuando no se efectivizan estándares mínimos de bienestar vitales para todos los seres humanos, sino cuando se ponen en práctica acciones legitimadas en garantías de seguridad de los derechos para hacer efectivo el respeto a los mismos derechos humanos. Es más, vale recordar que:

No ha sido infrecuente, a lo largo de la historia, que las banderas ideológicas se hayan utilizado para justificar los peores crímenes. [...]. Lo que en los adversarios es una monstruosidad contra el ser humano, en los compañeros de doctrina no pasa de ser un error o una desviación —casi una travesura— cuando no un acto justiciero. [...] La Santa Inquisición torturó y mandó a la hoguera [...]. Todo estaba justificado: se trataba de salvar las almas de los desviados.⁶⁶

Piénsese hoy *verbigracia*, en el *leitmotiv* del discurso legitimador del sistema penal de la época, que tacha como *enemigo* al otro, no sólo al que delinque, sino al que incomoda, reclama y exige. Piénsese en los excluidos de los procesos de construcción hegemónica, en los movimientos sociales o en los inmigrantes en el eje planetario que piden reivindicar derechos insatisfechos, que suelen ser vistos también como “extraños, *hostis* (extranjeros o indeseables peligrosos) que vienen desde Roma, pero adecuadas a la realidad moderna, son a quienes se les aplica un trato diferenciado”.⁶⁷ Es por señales como éstas que se pretende expresar una muestra

⁶⁵ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, op. cit., p. 59.

⁶⁶ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997, p. 211.

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 23 y ss.

clara de indignación con una tendencia que se está extendiendo en el sistema penal actual y que choca abiertamente con el respeto a los derechos humanos.

Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un *enemigo* o extranjero que “debe ser vigilado, porque como todo prisionero tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada”.⁶⁸ Surgiendo así la necesidad de etiquetar a un cierto colectivo para salvaguardar el derecho de los “otros no enemigos” del sistema.

El problema es que como grupo complejo y heterogéneo, sean delincuentes o no —narcotraficantes, homosexuales, extranjeros—, difíciles de controlar, al “poner en peligro la existencia de la sociedad”,⁶⁹ por la fatigosa tarea e imposibilidad material de vigilar a toda la multitud⁷⁰ que recibe dicho trato diferenciado, la mejor medida de control que termina por instrumentalizarlos es la exaltación de una tacha o etiqueta legitimada por la sociedad, la cual los ha estigmatizado con el pretexto de proteger los derechos humanos de los ciudadanos que no son merecedores de peligrosidad. Es por ello, entre otras cosas, que la causa de los derechos humanos no resulta satisfactoria por la militancia partidaria.⁷¹

Es desde esta lógica, ante la frecuente mal utilización del discurso reivindicatorio de los derechos, que se desprende la pregunta: *¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?* Cuando se aboga por un sistema de valores comúnmente aceptados para todos, como reglas mínimas para el buen vivir en sociedad, de ahí la existencia del derecho como orden regulador de la conducta humana, se suele incurrir en el error de legitimar acciones ante lesiones de bienes jurídicos, por hechos delictivos específicos en determinados colectivos, ya que es una constante la pretensión de contrarrestar la criminalidad. Sin embargo, ésta suele verse reflejada desde abajo, desde los marginados y no en las altas esferas de poder que comúnmente también suelen delinquir.

Sobre esta base surge lo que se pretende visibilizar al problematizar la tensión existente entre los derechos humanos y el derecho penal, lo cual ocurre cuando éste (el derecho penal) se desvía y se centra no sólo en el delito sino en la persona del delincuente, ya que hoy por hoy con la tendencia del denominado *derecho*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁹ Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2003, p. 122.

⁷⁰ Guillermo Pontrilla Contreras, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2007, p. 32.

⁷¹ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 211.

penal moderno,⁷² “basta con ser proclive a delinquir para volverse delincuente, con base en ésta concepción no hay que esperar a siquiera que el sujeto delinca realmente, sino que su proclividad debe considerarse, ya, delincuencia”.⁷³ Dicha afirmación pone en riesgo los derechos humanos como conquista de la humanidad, supera los límites de la arbitrariedad, puesto que “lo que importa no es lo que hacen los individuos sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo”.⁷⁴

Tal situación se presenta porque se piensa en determinados colectivos, como un *enemigo* indeseable *peligroso, anormal*, término usado por Foucault,⁷⁵ para caracterizar a los *otros* peligrosos, pues se ve en aquéllos al enemigo que necesita ser vigilado y castigado. Idea que según Carlos Parma reza así: “nosotros somos lo que el otro no es. El ‘otro’ es lo que nosotros decimos que es”.⁷⁶ Es curioso que nunca se considere a los viejos como “enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte”.⁷⁷ Al respecto, la decadencia por el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del derecho penal en esas expresiones marca un fuerte escepticismo frente a la recuperación del verdadero sentido del derecho penal,⁷⁸ que aún sigue declarándose orgullosamente

⁷² Luis Gracia Martín, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Luis Ripolles Díez *et al.*, (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 359, describe el autor que el derecho penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad del riesgo.

⁷³ Luis de la Barreda Solórzano, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁴ Guillermo Pontrilla Contreras, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁵ Michel Foucault, *Los anormales*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000. En su clase del 22 de enero de 1975, Foucault identifica tres figuras principales como anormales: el monstruo humano, que se definen así por violentar las leyes de la naturaleza y las normas de la sociedad, los incorregibles o el individuo a corregir propio del siglo XVIII, y los onanistas refiriéndose al niño masturbador, ideas orientadas al disciplinamiento de la familia.

⁷⁶ Carlos Parma, “El cadáver insepulto de Lombroso”, en Carlos Parma y David Mangiafico, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución*, Argentina, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009, p. 28.

⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en Gustavo Eduardo Aboso (coord.), *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005, pp. 153 y ss.

⁷⁸ Feliz Herzog, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal”, en Luis Arroyo Zapatero *et al.*, (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003, p. 249.

heredero del liberalismo político y, en consecuencia, estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano no potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales de quienes el mismo Estado no ha considerado sujetos peligrosos.⁷⁹

El delito pues, materia fundamental del derecho penal, así como sus consecuencias o la actuación del Estado para sancionarlo, resultan apasionantes y una de las razones para que estos temas causen tal fascinación, en lo que a la criminalidad se refiere, reside como lo expresa Barreda, “en que el delito tiene que ver con lo que se podría denominar la parte [negativa] del alma de los seres humanos. Fascinación compartida por todos los seres humanos a pesar de las consecuencias del delito”.⁸⁰ Justificación primaria para sentenciar a los “otros” con sus diversas apariencias y categorías, pero siempre generalmente a una persona, un grupo, o un país sin poder suficiente, *facies* criminológicas de lo que se denomina derecho penal del enemigo.⁸¹

Por tal razón, actualmente se acude a una transformación no tangencial del derecho penal que afecta el centro mismo del ser humano, esto es, la dignidad humana. Pilar o base de nuestro punto de encuentro es el ya mencionado diamante ético, como quiera que la práctica del derecho penal del enemigo se extiende a una velocidad que parece no tener límites, aún con la peligrosidad de sus fundamentos como se describirá a continuación.

VI. Sobre el derecho penal del enemigo

En la actualidad se ha popularizado la tesis del derecho penal del enemigo⁸² (*Feindstrafrecht*), del alemán Günther Jakobs (1985), al describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y al pronosticar a quién se le atribuirá en el futuro ese papel,⁸³ justificando desde el derecho un tratamiento no acorde a la

⁷⁹ José Luis Díez Ripolles, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, p. 63.

⁸⁰ Luis de la Barreda Solórzano, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

⁸¹ Lola Aniyar de Castro, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, p. 96.

⁸² Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 39.

⁸³ Günther Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer, 2006, p. 95.

dignidad humana del delincuente, al considerar a aquel como *no persona*, por ser un sujeto que vulnera la norma vigente.

En este sentido, la idea central apoyada por el autor se basa en que: “la persona en derecho, esto es, el titular de derechos y deberes, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, un no persona”.⁸⁴ Tal afirmación se puede ilustrar con el siguiente ejemplo:

un esclavo, en cuanto a propiedad de un señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también persona en derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Y como mero instrumento equivalente a un animal no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de modo instrumental, pero ello no implica más sociedad que el azuzar a un caballo de carga.⁸⁵

Este ejemplo sirve para precisar la idea fundamentada por Jakobs sobre la diferenciación sustancial entre lo que él llama *un derecho penal del enemigo* y *un derecho penal del ciudadano*, lo cual tiene soporte y pilares básicos en el pensar *ius* filosófico. Así *verbigracia* se refiere a Kant,⁸⁶ quien formula que no se puede tratar como persona a quien amenaza constantemente, pues quien no participa en la vida en un Estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expulso, expulsado de la sociedad. De manera que, al igual que Thomas Hobbes,⁸⁷ conocen un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente por principio y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía. Éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. Por su parte, partiendo de la obra cumbre de Rousseau sobre el contrato social, Jakobs⁸⁸ identifica a aquel enemigo en el delincuente que infringe el contrato, razón por la cual ya no puede participar de los beneficios del mismo, pues a partir de ese momento ya no puede vivir con los demás dentro de una relación jurídica.

La rigurosidad semántica de las afirmaciones y múltiples interpretaciones producto de la tesis jakobsiana no miden los peligrosos resultados del actuar jurídico

⁸⁴ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, p. 54.

⁸⁵ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 38.

⁸⁶ Véase el Escrito sobre la paz eterna de Immanuel Kant, citado en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 28.

en los tiempos de la era de la globalización punitiva. El traspasar ciertas garantías procesales propias de Estados que dicen catalogarse como democráticos es una situación que contradice la dogmática penal inspirada en la dignidad humana como límite máximo al *ius puniendi*. Así pues, “esta clase de derecho tal y como está planteado en sus fundamentos por Jakobs, es contrario a las bases esenciales de un Estado democrático de derecho”,⁸⁹ al justificar prácticas que instrumentalizan a los individuos, lo que pone en crisis al actual derecho penal si se admite la premisa de tratar no con personas, sino con enemigos.

La consecuencia de tal afirmación presupone que quien abandona tal modelo de Estado es tratado ya no como persona, sino como *enemigo*,⁹⁰ por ser fuente de peligrosidad. Por esta razón, el sistema reacciona en función del derecho a la seguridad que reclama, exige y legitima el mismo colectivo social, para contrarrestar a quien transgreda la norma y transgreda sin control. Apareciendo el arquetipo del *enemigo* no persona o *unpersonen* –se incluye en este grupo a los terroristas, narcotraficantes, a los delincuentes organizados que cometen crímenes graves, etc.–, etiquetados así, entre otras cosas, por ir en contravía de los bienes jurídicos que han sido tutelados. Lógica que se mantiene en la praxis política para justificar, como dice Kai Ambos: “cualquier forma de medidas represivas desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa, para mantener políticas aplicadas entorno a la seguridad nacional, en protección de la soberanía de los Estados”.⁹¹

Como se ha observado, Jakobs con su doctrina ha puesto en evidencia la técnica legislativa y la política criminal presente en algunos ordenamientos –como el alemán– al adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad –denominada por Jakobs como *normas de flanqueo*–,⁹² que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. En este sentido, “se optimiza la protección del bien jurídico y se reduce el ámbito de libertad del sujeto, adelan-

⁸⁹ Bernardo Feijoo Sánchez, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer, 2006, p. 801.

⁹⁰ Advierte Jakobs que el término *enemigo*, no en “todo caso pretende ser peyorativo” y no en todo caso es atribuible a quién lo aplica, sino que también puede ser provocado por su destinatario, con lo cual, en principio, estaría tomando partido por la aceptación de esta clase de derecho penal. Véase Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 1.

⁹¹ Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer, 2006, p. 127.

⁹² Miguel Polaino-Orts, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, junio de 2009, p. 49.

tando la barrera de protección a un estado anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal sea efectivamente lesionado”.⁹³ Desde este punto de vista el derecho penal del enemigo se caracteriza por varios elementos, a saber:

En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.⁹⁴ Y por último, se da un paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica.⁹⁵

No puede ciertamente sostenerse que “la anticipación de la punibilidad, realizada a través de los delitos de peligro, se justifique con la necesidad de desmotivar el proseguimiento de la hipotética conducta ilícita ya emprendida y proyectada hacia ulteriores y más graves desarrollo ofensivo”.⁹⁶ Con este “lenguaje –adelantada la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales–, el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, en una reacción de combate del ordenamiento jurídico ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos”.⁹⁷

De manera que se prevén supuestos peligros eventuales y se reacciona como si fuesen hechos actuales, y se combate al futuro agresor, esto desde la óptica de un derecho penal de autor, pues se persigue a la persona que hay en el delincuente por actos que aún no se han cometidos, precisamente para contrarrestar futuros riesgos en busca de seguridad colectiva. Por consiguiente, se oprime a quién sea merecedor de aparente peligrosidad social y quebrante la estructura normativa de la sociedad, por su defraudación al orden vigente. Desde este punto de vista, acorde con la teoría de los sistemas de Nikla Luhmann,⁹⁸ la norma sirve como

⁹³ *Ibidem*, p. 49.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁹⁵ Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 44.

⁹⁶ Fausto Giunta, “¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en Luis Arroyo Zapatero *et al.*, (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁷ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p.120.

⁹⁸ Nikla Luhmann, citado en Luis Felipe Henao Cardona, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, julio-diciembre de

base para afianzar y guiar al individuo en el cumplimiento del derecho, en tanto sean: “expectativas de conductas estabilizadas contrafácticamente” –término acuñado también por Jakobs–, de acuerdo con esto:

La norma tiene como función disminuir el nivel de complejidad, asegurando al individuo una orientación positiva del futuro, que privilegie sus expectativas. Las expectativas normativas descansan en la seguridad y el mantenimiento del sistema, por ello el propio sistema ha de incluir la forma de superación de las frustraciones con el propósito de que el asociado pueda superar la conducta discrepante sin cuestionar la norma; la forma más contundente de asegurar dicha expectativa es la sanción.⁹⁹

Jakobs importa del pensamiento de Luhmann la concepción de las expectativas como elementos estructurales del sistema, en la medida que: “todo orden social se basaría en la existencia de ciertas expectativas de comportamientos más o menos estables. La confianza en dichas expectativas, garantizada por las sanciones, es un mecanismo de reducción de la complejidad social”.¹⁰⁰ Dicha garantía jurídica se concreta en lo que se ha venido denominando *expectativas normativas*,¹⁰¹ como expectativa garantizada por el ordenamiento jurídico que hace que se pueda operar en la vida social sin tener que contar permanentemente comportamientos irrespetuosos con las normas.¹⁰²

Así pues, como reacción a la expectativa cognitiva frecuentemente defraudada,¹⁰³ la normativa reacciona con una sanción, pues la vigencia de la norma es confirmada por la pena. Ello tiene como consecuencia que “no se aprende de la defraudación hacia el futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafácticamente, es decir, con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad, ya que, la validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento”.¹⁰⁴

En relación con lo anterior, el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va comportar como persona. Si no

2004, p. 504, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360216>>, página consultada el 11 de abril de 2013. En este mismo sentido, véase también a Günther Jakobs, *Manual de derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 10.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 504.

¹⁰⁰ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Navarra, Civitas, 2006, p. 22.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, p. 49.

¹⁰⁴ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, *op. cit.*, p. 23.

existe esa garantía o incluso si es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.¹⁰⁵ De esta forma, Jakobs hace algunas precisiones en cuanto a la categoría de *persona*, pues sostiene de manera diferenciada que:

1) Ser persona en derecho es algo sinalagmático, el otro ha de “participar”, a menos que se dé la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos. 2) Postular un derecho y tener realmente un derecho no es lo mismo, y sólo este último, el derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente.¹⁰⁶

Por lo anterior, es de obligatoria observancia la reacción desde el derecho penal dar respuesta a través de la pena. “Aunque aquella no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma”.¹⁰⁷ En tal sentido: “la pena no debe ser entendida en el plano natural como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente como restablecimiento de la validez de la norma [...] Pues sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas y, en ese sentido, una relación racional”.¹⁰⁸ Situación que es analizada sólo en cuanto a sujetos catalogados como personas, pues según Jakobs –postura un poco contradictoria–, “el autor de un crimen sigue siendo una persona, y por eso la pena no sólo debe aparecer socialmente inevitable, sino también mostrarse frente a él, el criminal, como legítima”.¹⁰⁹ En todo caso, esto no ha de implicar *per se* que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se pueda sobrepasar la medida de lo necesario.¹¹⁰

Desde la anterior postura, “el delito no se toma como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado éste defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo. La sociedad mantiene las

¹⁰⁵ Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁶ Günther Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, op. cit., pp. 96 y 97.

¹⁰⁷ Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁸ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁹ Günther Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex Van Weezel, Navarra, Civitas, 2008, p. 34.

¹¹⁰ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 43.

normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo”.¹¹¹ Por eso, a lo largo de la historia se han construido principios de argumentación jurídica, o motivos que son suficientes para desviar el ánimo despótico de quien quiere delinquir y transgredir las leyes de la sociedad, apareciendo así el derecho a castigar,¹¹² precisamente, a quien transgreda la ley penal; pues ante la inobservancia del derecho sigue siendo una opción legítima.

Fueron estas circunstancias las que obligaron a los hombres a ceder parte de su propia libertad. Pero cuando se cae en el exceso se puede perder la credibilidad en el fundamento de la pena, pues como dice Beccaria: “todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”.¹¹³ La grandeza de la pena no debe estar en el monto a imponer sino en su efecto de persuasión, de manera que *a priori* evite futuras consecuencias. Aunque la sencilla afirmación de la ilustración “en el sentido de que la pena debe intimidar no es sostenible desde la crítica de Kant, la idea de este último de una pena merecida pero carente de fines tampoco resulta satisfactorio en la actualidad”.¹¹⁴

Ciertamente, el derecho penal del enemigo explicado por Jakobs como “un concepto que en principio era descriptivo y crítico-denunciatorio, ha pasado a un *concepto afirmativo-legitimador* del derecho penal del enemigo”,¹¹⁵ y no es que con ello “se mate al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”,¹¹⁶ pues aunque el autor alerta sobre prácticas que vienen ocurriendo continuamente, termina por justificar dicha práctica.

De modo que, “se confunde en dónde comienza y termina su crítica, o hasta dónde rechaza o apoya dicha teoría, pues con la exageración de la peligrosidad del ‘enemigo’ y del peligro que se amenaza con él, se incrementa la despersonalización jurídica”.¹¹⁷ Así, se legitima y justifica un trato diferente dado por el derecho en pro de una guerra preventiva para quien se ha comportado con obediencia al derecho, frente a quien no le ha rendido tal acatamiento. Por lo tanto, se trata pues

¹¹¹ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., p. 18.

¹¹² Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 11.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Günther Jakobs, *El derecho penal como disciplina científica*, op. cit., p. 35.

¹¹⁵ Kai Ambos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, op. cit., p. 141 y 142.

¹¹⁶ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 15.

¹¹⁷ Kai Ambos, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, op. cit., p. 142.

de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del Estado del derecho penal fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y la marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario.¹¹⁸

Tal cuestión, sin lugar a dudas, en la praxis en vez de “allanar el camino a esta discusión, lo que logra el concepto es provocar un intercambio emocional de golpes, en el cual se utilizan argumentos personales en lugar de los materiales y la razón se queda en la estacada”,¹¹⁹ ya que es un hecho notorio que se desarrolla un debate donde el diálogo se centra en tratar con seres humanos cosificándolos como anormales o subnormales con el estigma de la criminalidad, y se les “niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente– el derecho internacional de los derechos humanos”.¹²⁰ Por ello, contra los que vulneran los derechos humanos –quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del derecho–,

está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiriera carácter real; esta autorización amplia es utilizada en la praxis, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan solo a un policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor se cambia el Código Penal y el Código Procesal Penal como si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares.¹²¹

En tal sentido, se declara al autor *persona* en derecho “para poder establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aún por establecer podría legitimarse como orden universal [...]. Este discurso, desde luego, no se dirige contra la intención de establecer derechos humanos de vigencia universal”.¹²² Pero, cuando se trate de castigar a quienes vulneren estos derechos

¹¹⁸ Kai Ambos, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, Dykinson (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, núm. 34), 2007, p. 82.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 120.

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, *op. cit.*, p. 11.

¹²¹ Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, *op. cit.*, p. 182.

¹²² *Idem*.

en el establecimiento de una Constitución mundial, no sería contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos.¹²³

Sin embargo, a diferencia de lo que Jakobs describe en una forma de anomalía que invade al derecho penal de la época respecto al arquetipo del enemigo, el autor de un hecho delictivo sigue siendo eso, no es el enemigo al que hay que destruir o aniquilar, sino una persona que mediante su conducta ha quebrantado la norma penal y, por ello, sin distinción de enemigo o ciudadano responde por el hecho cometido. El juicio de reproche debe hacerse necesariamente conforme al principio del acto, pues se sanciona por la conducta cometida y no por la persona del delincuente. Por último, es por la conducta desplegada que se llamaría a responder jurídico-penalmente al responsable del hecho, pero sólo atendiendo a las garantías procesales propias de un Estado social de derecho.

Sin embargo, ciertamente, si se aceptan estas categorías de diferenciación, en estas dos clases de derecho penal de las que habla Jakobs –un derecho penal y procesal para ciudadanos y un “derecho” penal para los enemigos–, ésta visión cosifica al ser humano y significa la pérdida de derechos de quienes también tienen derecho. Con lo cual se estaría avanzando en una época de debilitamiento del derecho penal y no sólo en el caso alemán, pues la crítica se puede ver reflejada en otros contextos europeos y latinoamericanos, donde métodos correctivos, como los de la ley del talión, parecieran persistir en el modelo de sociedad actual, donde se está legitimando el dar de “baja” en algunos contextos fuera de combate o en guerra, apareciendo una dogmática pena autoritaria donde, en términos kantianos,¹²⁴ hay que separarse de quién no admite ser incluido bajo una constitución civil, y en donde a los que son sometidos no se les debe aplicar el derecho que opera en los sistemas jurídicos-políticos sino el *derecho penal del enemigo*. En este sentido, el derecho penal del enemigo se legitima como el derecho penal del ciudadano en la medida en que “el Estado se encuentra legitimado para reaccionar inclusive de forma más drástica al modo habitual, es decir, dando muerte a quien se comporte como enemigo”.¹²⁵

Así planteado, el concepto del derecho penal del enemigo adquiere una nueva dimensión, “se trataría no de una nueva forma de derecho penal, sino de la utilización del derecho penal como instrumento para combatir a determinados ene-

¹²³ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, p. 40.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹²⁵ Salvador Grosso García, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, *op. cit.*, 2006, p. 8.

migos, como una especie de instrumento de guerra de alcance medio frente a determinadas formas de agresión, contra un orden jurídico de cosas que tiene como finalidad neutralizar los peligros que la presencia del *enemigo* comporta para la sociedad”,¹²⁶ como una forma de contraataque que opera visiblemente y en ocasiones sin control, porque en el poder estatal está la base de dicha estrategia que puede catalogarse tanto en el ámbito militar como político.

De esta forma,

la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona. A partir de esta selectividad queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche.¹²⁷

Aunque algunos autores manifiestan que la obra de Jakobs ha sido mal interpretada, hasta el punto de que afirman que dicho término ha llegado a ser *prostituido*¹²⁸ conscientemente, atribuyéndole a dicha noción un contenido que no consta, o –mejor dicho– que consta fehacientemente que ese autor no predica dentro de la terminología funcionalista y que emplea el término *enemigo* y se le identifica como perteneciente a un estatus de no persona, cosa que sería errónea según Miguel Polaino-Orts, porque en su opinión:

No se quiere decir con ello que ese sujeto haya de ser tratado con absoluta ausencia de garantías, con *violación de su dignidad personal* y ni como un *criminal de guerra*, y mucho menos de que se prescinda del principio del acto, pues una cosa es que en ciertas *circunstancias personales del sujeto* (esto es: circunstancias de autor), pues aparentemente lo que se hace es, adecuar a aquel a las concretas circunstancias de peligrosidad real (objetiva) que constan en el sujeto, a efectos de arribar el trato más justo posible.¹²⁹

En mi opinión, aunque Jakobs describe ante el veloz cambio del mundo en la era de la globalización punitiva una realidad, peca al subsumirse en la propia teoría que predica, al plantear de entrada una teoría que discrimina al ser humano con categorías que alertan y validan un trato diferenciado, cuyo efecto se ve no solo

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en Gustavo Eduardo Abozo (coord.), *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005, p. 111.

¹²⁸ Miguel Polaino-Orts, *op. cit.*, pp. 173 y ss.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

en la persecución y castigo, sino en el tratamiento adelantado por la previsión futura o sospecha de afectación a bienes jurídicos.

Todo ello en su conjunto, entra en choque con principios constitucionales y debilita el derecho penal pasando a ser contraproducente, pues aunque debe activarse como *ultima ratio*, –incluso proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho–,¹³⁰ y en la misma medida percibir, “al hombre real, ‘de carne y hueso’ como un sujeto de imputación. Y disponer de fundamentos jurídico-estatales y jurídico-constitucionales; sobre todo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad”,¹³¹ al contrario, hoy es usado como medida de combate primario como excusa de mantener la vigencia de la norma y la seguridad de los derechos.

Esto es muestra que se concentra en los tipos y amenazas punibles, idea que “se ha expandido y concretado básicamente hacia el temor generalizado a ser víctimas de delitos, sobre todo los violentos, es tal vez porque ellos hacen más fácilmente identificable la imagen del enemigo y más personalizada la posible atribución de culpabilidades y sanciones”.¹³² Por último, se ha configurado un derecho penal no adecuado al ser humano que se concentra endureciendo todo lo que hoy pueda ser campo de riesgo, pasando por encima de la dignidad humana de la persona, la cual debe ser el punto fijo y al mismo tiempo de partida de todo sistema de derecho penal.¹³³

Sin duda, no hay comparación alguna entre el derecho penal del pasado con el derecho penal actual, aunque para algunos pareciera existir cierta regresión en la crueldad de los procedimientos y castigos que en algún momento no encontraban límite en el poder arbitrario del Estado en el ejercicio de *ius puniendi*. Esta es una de las críticas suscitadas actualmente cuando se populariza la tesis del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs. Tendencia que lleva a ratificar que en nuestros días se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el derecho penal está en crisis.¹³⁴

¹³⁰ Winfried Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia Ziffer Patricia, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2003, p. 59.

¹³¹ Kai Ambos, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, op. cit., p. 125.

¹³² Lola Aniyar de Castro, op. cit., p. 95.

¹³³ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 13.

Ante la enunciada crisis y en una visión jurídica pluralista, democrática y antidogmática, Antonio C. Wolkmer¹³⁵ considera que el objetivo principal del pensamiento jurídico crítico con las anomalías evidenciadas debe ser “desacralizar y romper con la dogmática lógico-formal imperante en una época establecida propiciando las condiciones y presupuestos necesarias para que se dé un proceso estratégico/pedagógico de esclarecimiento, autoconciencia, emancipación y transformación de la realidad social”. En esa medida, desde una postura crítica exigible al sistema actual, es necesario que “se le garantice al ciudadano, (o dicho de otra forma, a todas las personas, sin distinción de ciudadanos y enemigos) por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente a la *potestas puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones que deben evitarse de la mano de los derechos humanos, pero, por otra parte, ha de garantizar la efectiva concreción y aplicación de su potestad punitiva para proteger los derechos humanos frente a los posibles ataques a éstos”.¹³⁶

Es innegable que la lucha por los derechos humanos ha traído consigo la preocupación por humanizar al derecho penal, no obstante se verifican indiscutibles desafíos con la debida salvaguarda de tales derechos, pues aún la conexión existente entre los derechos humanos y el derecho penal el panorama es altamente alarmante. Lo cual puede decirse que “obedece a un factor de legitimación, pues se cuestiona la legitimación del recurso por parte del Estado a la maquina penal, su instrumento más poderoso, [...] en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social”.¹³⁷

Por ende, hoy es necesario acudir a la historia de las luchas sociales, que son realmente el primer paso en la concreción de derechos humanos. Precisamente la reivindicación de los derechos en ausencia de un reconocimiento jurídico ha servido para poner un dique al poder arbitrario y despótico, o para cuestionar una legalidad basado en los privilegios y en la fuerza.¹³⁸ La discusión puesta en evidencia también es necesaria en el plano internacional, el cual no se escapa desde la tesis propuesta de la contaminación del ya enunciado derecho penal del enemigo. Toda vez que sin duda, “el mayor déficit jurídico del poder punitivo internacional reside en la poca atención que presta a los pilares básicos que la cultura penal moderna ha construido para tolerar y consentir que un instrumento tan violento

¹³⁵ Antonio C. Wolkmer, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁶ Alejandro J. Rodríguez Morales, *Constitución y derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Caracas, Ediciones Liber, 2001, p. 20.

¹³⁷ Jesús María Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸ Ángelo Papacchini, *Filosofía y derechos humanos*, Cali, Universidad del Valle (Colección Artes y Humanidades), 2003, p. 50.

y brutalizante como el derecho punitivo pueda contarse todavía entre las medidas sociales a tomar en una organización política civilizada, sin que por ello deje de ser civilizada”.¹³⁹ De esta forma se viene creando un consenso sobre el futuro del derecho penal que le apunta a la pregunta sobre si es posible que sea suprimido, así por ejemplo Gustav Radbruch –uno de los más grandes penalistas alemanes de la primera mitad de siglo– pensaba que la evolución del derecho penal “superaría un día al derecho penal” y conduciría a un derecho, preventivo y corrector “que sería mejor, también más inteligente y más humano, que el derecho penal”.¹⁴⁰

VII. Conclusiones

Lo descrito a lo largo de este estudio ratifica la difícil y obligada conexión entre los derechos humanos y el derecho penal, pues ambos, en una tarea compleja en el ejercicio de regular el comportamiento humano en sociedad para hacer efectivos una serie de derechos que día a día se exigen para un mínimo de bienestar, están interconectados precisamente para pretender garantizar de una u otra manera la protección de la persona humana.

No obstante, subyace una falacia en el espíritu filantrópico en la ejecución de garantías constitucionales, pues hablar de derechos humanos y derecho penal ciertamente genera tensiones que pueden llegar a ser irreconciliables. Sobre todo cuando se observa que las reformas penales actuales le apuestan a garantizar la seguridad como “criterio infalible que permite trazar la línea divisoria entre el amigo y el enemigo, el bien y el mal, la virtud y el pecado”.¹⁴¹

Ante este malestar que se visibilizó, la teoría crítica promulgada por Herrera Flores enseña que los derechos humanos deben servirnos para aumentar nuestra *potencia* y nuestra *capacidad* de actuar en el mundo, justamente para levantar las voz de protesta frente a realidades incoherentes en la búsqueda de un lugar más justo e igualitario, pues en la lucha por la dignidad está la clave del futuro.

Lo evidenciado denota un retroceso preocupante en el respeto a los derechos humanos, aún la constante inclusión del resultado histórico derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, producto de un proceso reivindicatorio

¹³⁹ Daniel Pastor R., *El poder penal internacional. una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 179.

¹⁴⁰ Claus Roxin, *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, abril de 2008, p. 338.

¹⁴¹ Armand Mattelar, *Un mundo vigilado*, Barcelona, Paidós (Estado y sociedad, núm. 161), 2009, p. 68.

de las luchas sociales. El mínimo vital, o dicho de otra forma, los estándares mínimos de bienestar hoy no se satisfacen y diversas problemáticas se asocian a las condiciones de pobreza y exclusión social de muchos colectivos, entre ellas, la aquí estudiada, bajo la rúbrica del derecho penal del enemigo.

En fin, con todo lo expresado se puede llegar a varias reflexiones. Por una parte, mirar el acervo heredado revive discusiones muy graves y complejas en torno a la cuestión penal. A la par, la idea de mirar los derechos con múltiples matices y componentes desde lo histórico, cultural, institucional, etc., no es más que la necesidad de reivindicar y provocar la lucha respecto de los derechos humanos y no olvidar su centro mismo, la dignidad, cuestión necesaria también en materia penal. Por ello, la postura pedagógica del diamante ético devela como –diría el maestro Joaquín Herrera– la historia de los grupos marginados y oprimidos por esos procesos de división del hacer humano. Tal estrategia incita a una valoración multidisciplinar de los derechos humanos, pues la responsabilidad no emana sólo del ente estatal, sino de las organizaciones e instituciones que cada día incorporan y reviven los resultados de las luchas ganadas desde décadas pasadas, pero que a veces quedan en el olvido cuando se justifican teorías como la del derecho penal del enemigo. Dicha postura marca la *miopía* constante en la que se desarrollan las reformas actuales que tienen en el centro mismo del derecho penal no al ser humano, sino el combate de peligros, para asegurar el buen vivir y el estándar mínimo de quienes ejercen el control hegemónico y necesitan estar a salvo, de los “otros”, esto es, los *enemigos* del sistema.

Tal postura puede combatirse si tomamos los derechos humanos y los usamos de manera contra/hegemónica, lo cual se puede resolver siempre y cuando se acuda a una herramienta fundamental, *la lucha por la dignidad* con una actitud crítica y emancipadora de las realidades que se nos muestran como dogmas incuestionables, y soportar que lo imposible pueda ser posible en el cumplimiento de deseos y aspiraciones insatisfechas, cuestionando las posiciones opresoras, fortaleciendo en todo caso el papel de los movimientos sociales para que el derecho –y no sólo el penal– deje de ser usado como un elemento que, en lugar de garantizar el mínimo vital posible, se convierta en un elemento que instrumentaliza, restringe y oprime a los marginados.

VIII. Bibliografía

- Adorno, Theodor W., y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007.
- Aguilera Portales, Rafael E., “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, enero de 2007.
- Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- _____, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, Dykinson (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, núm. 34), 2007.
- Aniyar de Castro, Lola, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2006.
- Crespo, Eduardo Demetrio, “Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- De la Barreda Solórzano, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), 2005.
- Díez Ripolles, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- Foucault, Michel, “Crítica y Aufklärung, [¿Qu’est-ce que la critique?]”, trad. de Jorge Dávila, en *Revista de Filosofía-ULA*, núm. 8, 1995, pp. 1 y 2, disponible en <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- _____, *Los anormales*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, David Sánchez Rubio, 2008.

- _____, “Teoría crítica y derechos humanos: Una lectura latinoamericana”, en *Revista derechos humanos y estudios sociales*, núm. 4, julio-diciembre de 2010.
- García Inda, Andrés, “Los derechos de Robinson: algunas reflexiones en torno a derechos y responsabilidades”, en García Inda, Andrés, y Carmen Marcuello Servós (coords.), *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Madrid, Los libros de La Catarata, 2008.
- García Ramírez, Sergio, “Los derechos humanos y el derecho penal”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie G, Estudios doctrinales núm. 5), 1980, p. 157, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>>, página consultada en noviembre de 2012.
- Giunta, Fausto, “¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”, en Arroyo Zapatero, Luis, *et al.* (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2003.
- _____, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Ripolles Díez, Luis, *et al.* (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Grosso García, Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia Ziffer Patricia, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2003.
- Henaó Cardona, Luis Felipe, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, julio-diciembre de 2004, p. 504, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360216>>, página consultada el 11 de abril de 2013.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de La Catarata, 2005.
- _____, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005.
- _____, *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños (Colección Ensayando), 2005.
- _____, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Herrera Flores, Joaquín (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwe, 2000.

- _____, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*, trad. de Nilo Kaway Junior, Porto Alegre, Movimento, 2007.
- _____, “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”, en *Dikaioosyne. Revista de filosofía práctica*, núm. 12, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes, 2004.
- _____, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010.
- Herzog, Feliz, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis, *et al.* (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, 2ª ed., trad. de H. A. Murena y D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Sur, abril de 1973.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- Jakobs, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.
- _____, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Madrid, Edisofer (Libros jurídicos), 2006.
- _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- _____, *Manual de derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- _____, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Navarra, Civitas, 2006.
- _____, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex Van Weezel, Navarra, Civitas, 2008.
- Leal Medina, Julio, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.
- Maiso, Jordi, “Actualidad de la Teoría Crítica”, en *Revista de teoría crítica*, núm. 1, noviembre de 2009, p. 177, disponible en <http://www.constelaciones-rtc.net/01/01_16.pdf>, página consultada el 13 de octubre de 2012.

- Marcuse, Herbert, *Reason and revolution*, Boston, Beacon Press, 1960.
- Mate Rúperez, Manuel Reyes, *Hannah Arendt y los derechos humanos*, Arbor (Ciencia, Pensamiento y Cultura CLXXXVI 742), marzo-abril de 2010.
- Mattelar, Armand, *Un mundo vigilado*, Barcelona, Paidós (Estado y sociedad núm. 161), 2009.
- Papacchini, Ángelo, *Filosofía y derechos humanos*, Cali, Universidad del Valle (Colección Artes y Humanidades), 2003.
- Parma, Carlos, “El cadáver insepulto de Lombroso”, en Parma, Carlos, y David Mangiafico, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución*, Argentina, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009.
- Pastor R. Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006.
- Peleato García, Meritxell, “La actualidad ética del pensamiento de T. W. Adorno”, en *Astrolabio. Revista electrónica de filosofía*, núm. 1, 2005, disponible en <http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones1/Recensi%F3n_Adorno.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, junio de 2009.
- Pontrilla Contreras, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2007, p. 32.
- Prittwitz, Cornelius, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis, et al. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (Colección Estudios), 2003.
- Rancière, Jacques, “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”, en *Estudios Visuales*, núm. 7. Retóricas de La Resistencia, 2009, p. 89, disponible en <http://www.estudiosvisuales.net/revista/pdf/num7/05_ranciere.pdf>, página consultada el 13 de junio de 2013.
- Rodríguez Morales, Alejandro J., *Constitución y derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Caracas, Ediciones Líber, 2001.
- Rorty, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”, en *Batallas éticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.
- Roxin, Claus, *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, abril de 2008.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992.
- Touraine, Alain, *La sociología de la acción*, Barcelona, Ariel, 1969.
- _____, *Producción de la sociedad*, México, UNAM, 1995.
- _____, *Crítica a la modernidad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1994.

- Vega Carballo, José Luis, “Hegel y la teoría crítica de Herbert Marcuse”, en *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. VIII, núm. 26, Costa Rica, Facultad Central de Ciencias y Letras, 1970.
- Wolkmer, Antonio C., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, ILSA, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal 6*, Madrid, Dykinson, 2006.
- _____, “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en Aboso, Gustavo Eduardo (coord.), *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005.
- _____, “La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en Aboso, Gustavo Eduardo (coord.), *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F (Maestros del derecho penal núm. 18), 2005.
- Zamora, José Antonio, “H. Arendt y T. W. Adorno. Pensar frente a la barbarie”, en *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI 742, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, marzo-abril de 2010.
- _____, *T. W. Adorno: Pensar contra la barbarie*, Madrid, Trotta, 2004.