

LUHMANN, JAKOBS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO¹

ALEJANDRO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Resúmen: El autor retoma el tema del Derecho penal del enemigo a partir de los postulados de Günther Jakobs y Niklas Luhmann, abordando diversos conceptos de la teoría de los sistemas sociales, para llegar al funcionalismo penal y de esa manera hacer una crítica a la postura de Jakobs respecto del Derecho penal del enemigo.

Resumo: O autor retoma o tema do Direito penal do inimigo a partir dos postulados de Günther Jakobs e Niklas Luhmann, abordando diversos conceitos da teoria dos sistemas sociais, para chegar ao funcionalismo penal e dessa maneira fazer uma crítica à postura de Jakobs respeito do Direito penal do inimigo.

Abstract: The author takes up again the topic of the Criminal law of the enemy starting from postulates of Günther Jakobs and Niklas Luhmann, dealing with several concepts of the social systems theory, to arrive at the penal functionalism and that way to do a critic to the posture of Jakobs with regard to the Criminal law of the enemy.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, Sistemas Sociales, Comunicación, Derecho, Norma.

Key Words: Criminal Law of the enemy, Social Systems, Communication, Right, Norm.

Sumário: 1. Introducción, 2. Los Sistemas Sociales, 3. Günther Jakobs, 4. Crítica a la Opinión de Jakobs, 5. Nuestro Derecho Penal del Enemigo.

1. Introducción

El tema del derecho penal del enemigo, fundamentalmente, ha sido renovado en la discusión jurídica actual por Günther Jakobs, catedrático emérito de la Universidad de Bonn.

Este autor, considerado creador del funcionalismo penal normativista, basa su teoría en una interpretación que hace de la obra del sociólogo y jurista Niklas Luhmann.

Por lo anterior, en esta breve investigación se abordarán algunos de los conceptos fundamentales de la Teoría de los Sistemas Sociales de Niklas Luhmann a fin de que, partiendo de ellos, podamos dar un salto al funcionalismo penal de Jakobs y al denominado derecho penal de enemigo.

Posteriormente, se esbozará una crítica a la opinión de Jakobs y se asumirá una posición propia con respecto a este concepto.

¹ Recibido el 23 de febrero de 2009. Aceptado el 7 de mayo de 2009.

2. Los Sistemas Sociales

Para Niklas Luhmann un sistema es un entramado de operaciones fácticas que producen diferencia respecto de su entorno. La relación entre sistema y entorno, dice, es necesariamente recursiva, ya que dichas operaciones deben reconocer aquéllas que pertenecen al sistema y excluir a las que no.²

De esta reflexión, se debe destacar el papel principal que reviste el concepto de diferencia, ya que, paradójicamente, “el sistema es la diferencia que resulta entre sistema y entorno”.³

Luhmann refiere que los sistemas se encuentran clausurados operacionalmente, lo cual implica que las operaciones que lo constituyen son producidas al interior del sistema y no provienen de su entorno.⁴

De esta clausura operativa se desprende el concepto de *autorreferencia*, el cual refiere a que un sistema, para la producción de sus propias operaciones, se debe remitir a la red de operaciones propias y, en este sentido, reproducirse a sí mismo.⁵

De la mano con este concepto, viene el de *autopoiesis*, desarrollado por los biólogos chilenos Maturana y Varela, y retomado por Luhmann en su teoría.

Estos científicos identificaron en la autopoiesis el elemento distintivo de los seres vivos y, partiendo de la dinámica molecular que en ellos se presentaba, la definieron como la “autoproducción de la vida, a través de elementos que son, a su vez, reproducidos por la vida”.⁶

Con anterioridad al desarrollo de este concepto, Maturana y Varela utilizaban el término de *autorreferencia*. Sin embargo, decidieron cambiarlo, toda vez que consideraron que la *autorreferencia* involucraba indirectamente la existencia de un entorno, mientras que el concepto de *autopoiesis* implicaba un proceso operativo que espontáneamente se llevaba a cabo desde adentro, con independencia del entorno.

Por otro lado, para tener un panorama más amplio respecto la teoría de los sistemas sociales, no se debe pasar por alto la aportación del pionero en la Teoría General de los Sistemas, Ludwig von Bertalanffy.

Este biólogo austriaco consideró a los organismos vivos como un sistema, y a las ciencias naturales como los instrumentos adecuados para descubrir la organización de sus distintos niveles.⁷

² Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 96.

³ Luhmann, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1996, p.78.

⁴ Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, op. Cit. Nota 1, p. 34.

⁵ Luhmann, Niklas, *Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1991, p 21.

⁶ Cfr. Maturana Romesín, Humberto et. al, *De Máquinas y Seres Vivos; Autopoiesis: La organización de lo vivo*, Argentina, Editorial Lumen, 2004.

⁷ Von Bertalanffy, Ludwig, *Teoría General de los Sistemas*, trad. Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 35.

Asimismo, Bertalanffy distinguió entre los *sistemas cerrados* y *los abiertos*. Opinaba que los sistemas cerrados eran aquellos que se encontraban aislados del medio circundante, por lo que, al no interactuar con él, en su interior tendían a la máxima entropía, o al máximo desorden.

Por el contrario, los sistemas abiertos, como los organismos vivientes, eran los que tenían una constante interacción con el entorno, incorporando y eliminando materia (*input/output*), manteniéndose así en un estado uniforme (*steady*). De esta forma, en su interacción con el entorno, los sistemas abiertos eran capaces de desarrollar neguentropía, que servía de balance y contrapeso a la entropía.⁸

Para poder aplicar estos elementos a una teoría sistémica de la sociedad, Luhmann consideró necesario encontrar el elemento esencial que la conformaba, al igual que Maturana y Varela lo hicieron respecto de los seres vivos.

Este elemento debía ser propiamente social y permitir establecer conexiones entre ellos, de manera que conformaran una red que los reprodujera.⁹

Luhmann consideró que operación fáctica esencial que componía los sistemas sociales era la *comunicación* por virtud de que:

- La comunicación es social, dado que necesita de al menos dos personas para producirse.
- La comunicación es pasajera, apenas comienza también empieza a desvanecerse.
- La comunicación va dejando puentes, va tendiendo conexiones con otras comunicaciones que permiten continuar la autopoiesis del sistema social.¹⁰

De esta forma, la comunicación, como operación fáctica constitutiva del sistema social, revestía las mismas características de la dinámica molecular, como operación fáctica constitutiva del sistema biológico de los seres vivos.

En el desarrollo de esta idea, Luhmann consideró que la comunicación era una síntesis de tres selecciones:

- Selección de información: ¿Qué voy a decir?
- Selección de una expresión o acto de comunicar: ¿Cómo lo voy a decir?
- Selección de una comprensión o incomprensión. ¿Qué va a entender el interlocutor?

⁸ Idem, p. 67.

⁹ Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, op. Cit. Nota 1, p. 32.

¹⁰ Idem, p. 33.

Esta dinámica comunicativa se realiza con base en *sentido*, por lo que cada uno de los interlocutores esperará cierta respuesta o conducta por parte del otro. A esto Luhmann lo denomina como *expectativa*, la cual puede ser definidas como una “condensación de referencias de sentido y tiene por función el orientar, de modo relativamente estable, la comunicación y pensamiento frente a la complejidad del mundo”.¹¹

Por lo anterior, si en la dinámica comunicativa no se produce la conducta o respuesta esperada por un interlocutor, se sufre una *decepción*. En estos casos se debe dilucidar si, ante la *decepción*, la expectativa debe ser abandonada, transformada o mantenida a pesar de ello. En pocas palabras: si la expectativa es capaz o no de aprender.¹²

Las expectativas dispuestas al aprendizaje son estilizadas como *cogniciones*, ya que pueden ser transformadas cuando la realidad le muestra aspectos distintos o inesperados. Por otra parte, las expectativas no dispuestas al aprendizaje son estilizadas como *normas*, ya que son mantenidas incluso en caso de decepción y en contra de los hechos.¹³

En este punto es cuando damos el salto del terreno sociológico al terreno jurídico, ya que podemos decir que el Derecho, como sistema funcionalmente diferenciado, se compone de normas que pretenden orientar la conducta de los hombres hacia una respuesta determinada. Estas expectativas se adjetivan como normativas, ya que las mismas procuran mantenerse inmutadas, aún y cuando se violen y decepcionen con frecuencia.

Una vez trazadas estas pinceladas básicas de la Teoría de los Sistemas Sociales, se estima oportuno detener aquí el análisis y continuar con la interpretación que de ellas hace Jakobs en la formulación de su teoría funcionalista penal.

3. Günter Jakobs

Retomando la concepción sistémica social de Luhmann, Günther Jakobs desarrolla su teoría funcionalista penal, partiendo de la base de que:

“... los hombres en su relación con el mundo sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales, solo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario, cada contacto social se convertiría en un riesgo imprevisible. El mero hecho de iniciar un

¹¹ Corsi, Giancarlo et al., *Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, trad. Miguel Romero Pérez et al., México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 79. Paráfrasis.

¹² Luhmann, Niklas, *Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General*, op. Cit. Nota 4. p.293. Paráfrasis.

¹³ *Ibidem*.

contacto es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado, si se decepciona esa expectativa, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar...”¹⁴

De esta reflexión, Jakobs estima que la función principal del Derecho Penal es la de garantizar la expectativa de que quien está sometido al Derecho va a serle fiel y no se comportará culpablemente. En el caso de que una persona no muestre una fidelidad suficiente y viole una norma, se entenderá que ello le es atribuible a él y no a un error de quien tenía la expectativa de que la cumpliría.¹⁵

Por ello, la pena constituye la reacción ante esa decepción –*infracción de una norma*– y, mediante ella, se pone de manifiesto que ha de conservarse la fidelidad al derecho, a consta del infractor responsable. De esta forma, la misión de la pena consiste en el mantenimiento de la norma, como modelo de orientación para los contactos sociales.¹⁶

Es posible que en la dinámica social una persona infrinja ocasionalmente una norma. Ante ello, el poder punitivo debe reaccionar mediante la aplicación de una pena. Para este tipo de decepciones esporádicas a expectativas normativas, se aplica un derecho penal para *ciudadanos* en el cual, al considerar al infractor como persona, los medios y procedimientos por los cuales se articula la pena son acordes con los principios humanitarios del derecho penal clásico y el discurso de los derechos humanos.

No obstante lo anterior, opina Jakobs, el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una certeza cognitiva de que se va a comportar como tal. Si no existe esa garantía, o incluso 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*.¹⁷

Por lo tanto, el Derecho Penal presenta dos polos en sus regulaciones: por un lado, “el trato con el *ciudadano* a quien se le sanciona con el fin de confirmar la estructura normativa impuesta, y por otro, el trato con el enemigo, a quien se le combate preventivamente por su peligrosidad”.¹⁸

El Derecho Penal de enemigos se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, incluso a estados previos a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. De esta forma, se limita y reduce el ámbito

¹⁴ Jakobs, Gunther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras et al., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, pp. 9-10.

¹⁵ Jakobs Gunther, *La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente*, trad. Teresa Manzo Porto, Colombia, Universidad del Externado, Cuaderno de Conferencias y Artículos número 24, 2000, p.32.

¹⁶ Jakobs, Gunther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, op. cit. Nota 13, pp.8-14. Paráfrasis.

¹⁷ Jakobs, Günther, *La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente*, op. cit. Nota 14, p. 43.

¹⁸ Jakobs, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda Edición, trad. de Manuel Cancio Meliá, España, Editorial Civitas, 2006, p. 43.

interno del sujeto por su enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad, denominadas por Jakobs como *normas de flaqueo*.¹⁹

Otra característica apuntada por el autor, consiste en la falta de reducción de la pena correspondiente a dicho adelantamiento. Por ejemplo, en los casos de tentativa punible, la penalidad se disminuye por la lejanía de la lesión al bien jurídico. En caso del derecho penal de enemigo a pesar de criminalizar conductas como el acordar organizarse para cometer delitos, se pena como si se tratase de un delito consumado, aún y cuando nunca se lleguen a organizar, o bien, organizados, no cuenten con los medios idóneos para cometer los delitos acordados.²⁰

Aunado a lo anterior, a esta legislación sustantiva totalmente desventajosa para el infractor, se adiciona una parte adjetiva en la cual las garantías procesales de igual forma se restringen.

Como ejemplos de lo anterior, se pueden referir de manera enunciativa la inversión de la carga de la prueba (lo cual redundaría en una violación al principio de inocencia), incomunicación con los defensores particulares, la utilización de medios equiparables a la tortura para obtener declaraciones, detenciones bajo mera sospecha por lapsos indefinidos o mayores que los aplicables a los delincuentes comunes, el anonimato de denunciante, testigos o incluso jueces.²¹

Con base en las anteriores características, quienes producen las normas jurídicas pretenden crear una legislación penal más eficaz para combatir la delincuencia organizada. En este sentido, Jakobs estima que “el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el derecho penal del ciudadano optimiza esferas de libertad”.²²

Lo anteriormente analizado es lo que, a grandes rasgos, se ha denominado como Derecho Penal del Enemigo.

¹⁹ Jakobs, Günther, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs Günther, *Estudios de Derecho Penal*, tad. Enrique Peñaranda Ramos, et. al., Madrid, Civitas, 1997, p. 293.

²⁰ En México, el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada define como miembro de la delincuencia organizada a la persona que, en conjunto con otras, acuerda organizarse o se organiza, en forma permanente o reiterada, para cometer los delitos de: terrorismo; narcotráfico; falsificación o alteración de moneda; operaciones con recursos de procedencia ilícita; acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; corrupción, pornografía, trata, lenocinio, tráfico y turismo sexual con menores de edad o incapaces; asalto, secuestro y robo de vehículos.

²¹ Véase el caso de Colombia en el que, para protección de la vida de los servidores públicos y evitar su corrupción, los inculpados por delitos contra la salud eran juzgados por jueces sin rostro, los cuales decidían sobre la libertad de un procesado sin que éste pudiera conocerlo. Para mayor referencia, consultar, Aponte, Alejandro, *Guerra y Derecho Penal de Enemigo*, Capítulo II, inciso B, “El derecho penal del Enemigo en Colombia”, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 222-275.

²² Jakobs, Günther, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*, op. cit. Nota 18, p. 298.

4. Crítica a la opinión de Jakobs

Aunque la intención inicial de este trabajo era el describir los rasgos más representativos de la Teoría de los Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, el Funcionalismo Penal de Jakobs, así como el concepto de Derecho Penal del Enemigo, se considera pertinente esbozar algunos cuestionamientos respecto las opiniones de Jakobs, con las que no se está de acuerdo.

a) Jakobs parte de la idea de que los individuos que componen la sociedad tienen la expectativa de que el resto de la colectividad se va a conducir conforme a las normas establecidas.

No se comparte esta opinión, dado que la misma presupone que los individuos conocen la normatividad existente, lo cual es una fantasía, por lo menos en el caso mexicano.

Es sabido que la creación de leyes constituye la respuesta oficial de los Estados con el fin de anunciar, aunque sea sólo en papel, que se van a resolver los problemas de la realidad.²³

Derivado de esta tendencia, se han creado un sinnúmero de bienes jurídicos y tipos penales²⁴ que han ocasionado una expansión desmedida del Derecho Penal²⁵, el cual ya no sólo sanciona los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor valor, atendiendo al principio de subsidiariedad y última razón, sino que cada vez va perdiendo su contenido y se adentra en cuestiones que deberían ser ventiladas por otras vías jurídicas como la civil o la administrativa.

Por lo anterior, resulta sumamente difícil el conocer todas las conductas reguladas por el Derecho Penal y, en consecuencia, saber cuál es la expectativa normativa que se debe mantener en determinada situación. Mucho más compleja se torna esta tarea en países como México en el que, derivado del bajo el nivel educativo, el grueso de la población desconoce la normatividad más allá de la que corresponde en derecho positivo a los diez pecados capitales. En este escenario, las normas jurídicas no pueden ser consideradas como criterios generalizados de orientación.

²³ Baste ver que derivado del impacto mediático que tuvo el lamentable secuestro y homicidio del joven Fernando Martí, hijo de reconocido empresario mexicano, en el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, suscrito por diversos actores políticos el 21 de agosto de 2008 en el Palacio Nacional, se propone la creación de una Ley General del Delito de Secuestro, distinta a las regulaciones que de dicho delito existen en los Códigos Penales y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

²⁴ Como ejemplo, el artículo 54 de La Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes considera a la “estética urbana” como bien jurídico merecedor de tutela penal y sanciona hasta con 5 años de prisión a quien haga pintas con graffiti sobre inmuebles.

²⁵ Cfr. Silva Sánchez, Jesús, *La Expansión del Derecho Penal*, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Buenos Aires, Euros Editores, 2006.

b) La expectativa de que la gente se va a conducir conforme a la normatividad no la tienen los individuos, como piensa Jakobs, sino los poderosos que la crean de conformidad con sus intereses y son capaces de imponerla como obligatoria a los demás.

De ahí que tampoco sea la sociedad quien sufra la decepción de esa expectativa, sino los poderosos, quienes son los principales interesados en reaccionar y sancionar cualquier infracción a las normas con las que ellos ejercen su hegemonía.

c) Por otro lado, Jakobs estima que el derecho penal de enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, y por tanto es más eficaz en el combate a la delincuencia.

No se está de acuerdo con esta idea. La creación de normas represivas no da solución al problema de la criminalidad, sino que ello depende más de políticas económicas que provean de mejores condiciones de vida a la colectividad.

No obstante lo anterior, ante el miedo infundido por los medios de comunicación en contra de la delincuencia organizada, los gobernados hemos aceptado el endurecimiento de los medios de control social, en detrimento de nuestras esferas de libertad, a cambio de una promesa de mayor seguridad.

En este sentido el derecho penal de enemigo, es muy eficaz, pero no en su función declarada de erradicar la delincuencia organizada, sino en su función latente de mantener y reproducir el poder de quien lo crea.

5.- Nuestro derecho penal de enemigo

Defino al derecho penal del enemigo como una paradoja que se presenta hacia el interior del sistema jurídico existente, en la que sus componentes *son derecho y no derecho*.

Una paradoja se crea cuando las condiciones de posibilidad de una operación son, al mismo tiempo, las condiciones de su imposibilidad. Lo anterior no refiere a una proposición de forma ($A = \text{no } A$), ya que ello implicaría una contradicción, mas no una paradoja.

Una paradoja tiene la forma lógica de “A porque no A”, donde las condiciones de la afirmación son, al mismo tiempo, las condiciones de su negación.²⁶

En este sentido, la formulación paradójica del derecho penal del enemigo tendría en su estructura básica la frase *derecho porque no derecho*. Invirtiendo estos elementos, podría también formularse como *no derecho porque derecho*.

²⁶ Corsi, Giancarlo et al., *Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, trad. Miguel Romero Pérez et al., México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 123. Paráfrasis.

Además, se puede incluir un aspecto teleológico a esta definición, atendiendo a la finalidad del derecho como instrumento de poder, así como a sus funciones declaradas y latentes que ya fueron tratadas en la crítica a la opinión de Jakobs.

En suma, se concluye que el derecho penal del enemigo es *la negación del derecho, efectuada por el derecho mismo, con el fin de conservar y reproducir el poder de quien lo crea*.

Por lo anterior, no es el objeto de tutela o la persona a la que se dirige este derecho lo que lo caracteriza como de enemigo. Por lo tanto, el mismo no se encuentra solamente en los ordenamientos jurídicos tendientes a combatir la delincuencia organizada como en ocasiones se piensa, sino que puede estar presente en cualquier norma aislada.

De ahí que la cuestión delicada en este tema sea el identificar cuáles disposiciones legales pertenecen a un derecho penal de enemigo y cuáles a un derecho penal para ciudadanos. En cuáles el derecho se niega a sí mismo con el fin de conservarse.

Sin un afán de ser exhaustivos, ya que su exposición sobrepasaría las finalidades de este artículo, podemos dejar señalados algunos criterios que en nuestro concepto facilitan el reconocimiento de estas normas.

Será Derecho Penal de Enemigo cualquier disposición que en sí o en su aplicación contenga alguna de estas características:

- **REPRESIVIDAD:** Falta de proporcionalidad entre el acto y la intensidad de las consecuencias penales.
- **SELECTIVIDAD:** La medida en que se enfoca el ejercicio del poder punitivo en contra de ciertas personas y se consagran privilegios o impunidad respecto de otras.
- **ESTIGMATIZACIÓN:** Grado de señalización desvalorizante en contra de los autores de ciertos delitos.
- **INSEGURIDAD JURIDICA:** Incertidumbre que tienen los gobernados sobre los límites de lo punible.
- **INHUMANIDAD:** Falta de respeto a los derechos humanos que le corresponderían a cualquier ser humano por el hecho de ser persona.
- **DESVENTAJA PROCESAL:** Cualquier situación que permita ventajas adjetivas del órgano acusador sobre el procesado. (Inversión de la carga de la prueba desde la redacción de los tipos penales, falta de servicios periciales en la defensoría pública, entre otras).

No es el objeto de tutela lo que hace a una norma perteneciente al derecho penal de enemigo, sino su contenido. En México, y en general en la realidad histórica latinoamericana, hemos vivido inmersos en un sistema penal de enemigos. Se citan algunos datos y ejemplos que así lo comprueban:

- El ochenta por ciento de la población carcelaria está constituida por personas que aun no han sido condenadas, que se encuentran en *prisión preventiva*, por lo que deben ser considerados como inocentes presos bajo sospecha.
- Derivado de la corrupción, abusos de poder y hacinamiento en los reclusorios y penitenciarías, hacen que el tratamiento penitenciario sea totalmente ineficaz al estar enmarcado en condiciones inhumanas de vida.
- La selectividad del poder punitivo se ha enfocado a las clases marginales a las cuales pertenece la inmensa mayoría de los reclusos, que se encuentran en prisión por delitos menores, que alcanzarían libertad bajo caución si contaran con los medios económicos para ello.
- El ochenta por ciento de la población penitenciaria está condenada por delitos patrimoniales, mayoritariamente el robo, el cual es comúnmente cometido por personas de bajos recursos. El tratamiento legal que se da a este delito establece penas desproporcionadas con relación al acto ya que, sin importar el monto de lo robado, el delito puede ser considerado como grave y no admitir libertad provisional bajo caución durante el proceso o sustitutos de la pena de prisión.
- Asimismo, gran parte de esta población no conoce al juez ante quien se tramita su proceso, además de que a su abogado, el de oficio (cuando la fortuna le pone un abogado y no un estudiante), sólo lo ve tras la rejilla de prácticas los días de audiencia.
- El inculpado no se encuentra en igualdad de posibilidades para ofrecer y desahogar pruebas, habida cuenta que la defensoría de oficio no cuenta con una Dirección de Servicios Periciales, como sí la tiene el órgano acusador.
- Las cuotas de violencia oficial imprimidas por las agencias ejecutivas del Estado, desde el tiempo de las dictaduras militares hasta la fecha, han sido siempre muy amplias, al igual que el grado de arbitrariedad en el ejercicio del poder por parte de las autoridades.

En atención a lo anterior, se puede concluir que normas que pertenecerían al derecho penal de enemigos han estado vigentes desde hace mucho tiempo en nuestra realidad y han conformado la constante y no la excepción.

Por ello, no se considera que el derecho penal de enemigo sea aquél enfocado exclusivamente en contra de los delincuentes organizados, como en ocasiones se piensa, sino que el mismo se encuentra en ciertas normas cuya aplicación en nuestro sistema penal es más que frecuente en contra del delincuente común no sofisticado.

Creo que nuestra labor como juristas es identificar las normas que por sus características pueden ser consideradas como pertenecientes a un derecho penal de enemigos, a fin de desenmascararlas y denunciarlas. Lo anterior en

virtud de que no se considera equitativo que el poder invada cada vez más nuestras esferas de libertad ante una promesa demagógica de proporcionar mayor seguridad.

Bibliografía

Aponte, Alejandro, Guerra y Derecho Penal de Enemigo, Capítulo II, inciso B, “El derecho penal del Enemigo en Colombia”, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Corsi, Giancarlo et al., Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, trad. Miguel Romero Pérez et al., México, Universidad Iberoamericana, 1996.

Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, trad. Joaquín Cuello Contreras et al., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

Jakobs Gunther, La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente, trad. Teresa Manzo Porto, Colombia, Universidad del Externado, Cuaderno de Conferencias y Artículos número 24, 2000.

Jakobs, Günther, Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico, trad. Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs Günther, Estudios de Derecho Penal, tad. Enrique Peñaranda Ramos, et. al., Madrid, Civitas, 1997.

Luhmann, Niklas, El Derecho de la Sociedad, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

Luhmann, Niklas, Introducción a la Teoría de Sistemas, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1996.

Luhmann, Niklas, Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1991.

Maturana Romesín, Humberto et. al, De Máquinas y Seres Vivos; Autopoiesis: La organización de lo vivo, Argentina, Editorial Lumen, 2004.

Von Bertalanffy, Ludwig, Teoría General de los Sistemas, trad. Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.