

**LA PERMEABILIZACIÓN DEL DERECHO Y  
LAS INSTITUCIONES POR LOS MEDIOS DE  
COMUNICACIÓN –LA INCURSIÓN DEL  
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO-\***

**THE PERMEABILITY OF LAW AND THE  
INSTITUTIONS BY THE MEDIA –THE  
INCURSION ON CRIMINAL LAW  
OF THE ENEMY-**

**PERMEABILIZAÇÃO DO DIREITO E DAS  
INSTITUIÇÕES ATRAVÉS DOS MEIOS  
DE COMUNICAÇÃO -A INCURSÃO DO  
DIREITO PENAL DO INIMIGO-**

**Luz Mary Rincón Romero<sup>a</sup>**

luzmaryrincon@yahoo.es

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2014

Fecha de revisión: 03 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 11 de febrero de 2016

## **RESUMEN**

Dentro del estudio del Derecho penal y su relación inmediata con el contexto social, se pretende, con este escrito, presentar un enfoque dinámico y ajustado a los actuales paradigmas científicos e investigativos, sobre la manera como es concebido y representado el Derecho penal del enemigo, frente a la opinión pública en Colombia, en las interacciones sociales y políticas.

Para ello, se analizaron las perspectivas contenidas en algunas teorías que sustentan el Derecho penal del enemigo; se busca hacer evidente la práctica de nuestras concepciones, con el detallado análisis de la situación actual, frente a la influencia de los medios de comunicación en la percepción del derecho penal; lo anterior, enmarcado en la imagen desfavorable que han ofrecido los conductores ebrios, en Colombia.

---

\* Artículo de reflexión

a. Abogada, Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Contractual y Tributario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magister en Derecho Penal y Criminología; catedrática, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho penal, derecho penal del enemigo, instituciones, medios de comunicación, conductores ebrios.

## **ABSTRACT**

Within the study of criminal law and its direct relationship with the social context, it is intended, in this paper, to present a dynamic approach and adjusted to current scientific and research paradigms, about the way it is conceived and represented the enemy criminal law, against public opinion in Colombia, in social and political interactions.

To do this, we will analyze the perspectives contained in some theories underlying criminal law of the enemy. This investigation seeks to make evident the practice of our conceptions, with a detailed analysis of the current situation compared to the influence of media on the perception of criminal law; the abovementioned framed in the unfavorable image drunk drivers have offered in Colombia.

## **KEYWORDS**

Criminal law, institutions, media, criminal law for the enemy, drunk drivers.

## **RESUMO**

Dentro do estudo do direito penal e sua relação imediata com o contexto social, pretende-se, com este escrito, apresentar uma abordagem dinâmica e ajustada para paradigmas científicos e de investigação em curso sobre a forma como o direito penal do inimigo é concebido e representado em frente da opinião pública na Colômbia, nas interações sociais e políticas.

Portanto, analisamos as perspectivas contidas em algumas teorias que sustentam o direito penal do inimigo; que visa tornar evidente a prática de nossas concepções, com análise detalhada da situação atual, contra a influência da mídia na percepção da lei penal; o acima exposto, enquadrado na imagem desfavorável que motoristas bêbados têm oferecido na Colômbia.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direito penal, direito penal do inimigo, instituições, meios de comunicação, motoristas bêbados.

## **INTRODUCCIÓN**

En la actualidad colombiana se concibe al Derecho penal como la herramienta para combatir la delincuencia, hecho que hace que este se establezca como un medio de venganza o retaliación; bajo la percepción de que la pena contiene un fin netamente retributivo, se desconocen otras formas -diferentes al derecho penal-, para combatir la delincuencia.

El estudio de los medios de control de la delincuencia nos señala la importancia de este análisis, pues la falta de conciencia producida por creer que el derecho penal es la solución fundamental para las problemáticas delincuenciales, está perjudicando a los ciudadanos en su libertad, además de constituir una carga en materia presupuestal para el Estado.

## **METODOLOGÍA**

Se inicia con un recuento histórico de cómo nace el derecho penal del enemigo y, a continuación, se analiza la criminología administrativa, para pasar a comprender cómo se relacionan estas dos concepciones y sus implicaciones en la actualidad. A esto le sigue las aproximaciones conceptuales aplicadas al caso colombiano y, en concreto, el caso de los conductores ebrios, con una imagen de odio, creada hacia estas personas.

## **DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN**

### **1. APROXIMACIONES TEÓRICAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

#### **1.1 Reconstrucción conceptual del derecho Penal del enemigo**

Es trascendental para entender la concepción del derecho penal del enemigo, realizar un esbozo de las teorías más importantes que sustentan el porqué debe existir dicho derecho, es decir, establecer el porqué de la utilidad que comporta para el Estado, tratar a ciertos individuos como enemigos, ya que como lo anota Berlín:

Si tengo un pastel y hay diez personas entre las cuales deseo repartirlo, entonces, si le doy exactamente una décima parte a cada una, no requerirá esto de justificación, al menos automáticamente; mientras que, si me aparto

de este principio de la distribución igual, se esperará que dé alguna razón especial (1983, p 151 y 152).

El enunciado ejemplifica que con el establecimiento de desigualdades, debemos recurrir a una justificación de las mismas, ya sea con buenas o malas razones; de allí que el derecho penal del enemigo no puede escapar a dicha justificación, pues es éste una forma clara de generar desigualdad. Por consiguiente, debe convertirse a tal hecho, en una herramienta para conseguir el beneplácito para la actuación del Estado, respecto de los asociados a éste.

A lo largo de la historia, se justifica el nacimiento del derecho penal del enemigo como una herramienta en la real efectivización de los intereses del Estado y de sus élites; las teorías que buscan dicha justificación, abordan posturas tanto del deber ser como del ser; para establecer dichas teorías, es importante dar una definición de que es el derecho penal del enemigo y sus características.

### 1.1.1 El derecho penal del enemigo

Según Jakobs, el derecho penal del enemigo se caracteriza por:

- Castiga conductas, en etapa preparatoria
- Penas desproporcionalmente altas
- Las garantías procesales son suprimidas o relativizadas (Jakobs, Meliá, 2007)

De estos aspectos, se puede decir que el derecho penal del enemigo puede ser visto como una política del Estado, en relación a ciertos individuos, que según la actividad punitiva que realizan o potencialmente pueden llegar a efectuar, generan indignación al Estado y sus élites; de tal manera, dichos ciudadanos pasan a ser castigados, con menos privilegios o, mejor, con mínimas garantías, de las que puede llegar a tener, por el simple hecho de ser ciudadanos.

### 1.2 Aproximaciones históricas de Gunther Jakobs y Cancio Melia

La concepción del derecho penal del enemigo por parte de estos dos autores, se sustenta en el pensamiento de Kant y Hobbes, partiendo de posturas más extremas, como las realizadas por Rousseau y Fichte. Esta aproximación es fundamental, ya que son observables, de forma directa, los panoramas que llevaron a la consolidación del

derecho penal del enemigo, a pesar de las críticas que ha recibido esta sustentación.

Los teóricos Jakobs y Cancio, parten del análisis de la teoría contractualista de Rousseau que, según ellos, consistía en ver como enemigo a cualquiera que cometiera un crimen; se traduce en que, aquel que atente contra el derecho social, deja de ser ciudadano; igual que la teoría de Fichte, se pugna porque si alguno falla en el contrato, debe ser tratado como enemigo y no como ciudadano, pasando a una total ausencia de derechos.

Sin embargo, para Jakobs y Cancio, este modelo de derecho penal del enemigo es bastante extremo, porque los ciudadanos no pueden perder totalmente sus derechos como miembros del grupo social, por la ejecución de cualquier conducta punible; adicionalmente, dichas concepciones no funcionan, ya que no piensan en la reparación que podrían recibir las víctimas de una conducta punible (2003). “No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE, pues, es su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta” (Jakobs y Cancio, p.28. 2003).

Por ello, recurren a las teorías de Hobbes y de Kant, en tanto éstos no son tan extremos; no siempre se debe despojar el status de ciudadano, a aquellos que cometan cualquier conducta punible. Según Jakobs, Hobbes plantea el derecho penal del enemigo, desde su teoría contractualista, en el sentido que se deja de ser ciudadano cuando se comete una conducta punible en contra del contrato, al crear el peligro de volver al estado de naturaleza; lo anterior, basado en que los ciudadanos tienen derecho a la seguridad para no retornar a ese estado de miedo que se encuentra en el estado de naturaleza; por el contrario, mantiene el status de ciudadano a los que cometan conductas punibles, que no destruyan, como tal, el contrato que da formación al leviatán (Jakobs y Cancio, 2013).

Otro autor que sustenta la teoría actual del derecho penal del enemigo de Jakobs, es Kant; éste ve en toda persona, la posibilidad de coaccionar a otra, al entrar en la constitución ciudadana; por esto, si una persona o un pueblo se encuentran en un estado de naturaleza y se crea un peligro de retornar a dicho estado, se le puede tener como enemigo; concluye que “el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la

norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza, existen múltiples formas intermedias” (Jakobs y Cancio, 2013. p33)

Sin embargo, esta argumentación es criticada por Schüneman:

(...) la selección de citas que hace Jakobs para abonar su teoría resulta insuficiente y que la diferencia entre los denominados derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo no está en esos autores, ni es factible concebir adecuadamente los problemas actuales del terrorismo y la criminalidad organizada, dentro del marco de referencia de la Teoría del Estado durante la Ilustración (citado por Borinsky, et al., 2012. P, 40).

Esta crítica hace hincapié en la descontextualización que realiza Jakobs en la citación de autores, para con ello, sustentar su teoría del derecho penal del enemigo y del ciudadano, porque, en primer lugar esta teoría no arriba de la concepción teórica del Estado sino del derecho de gentes; asimismo, dentro del contexto actual, en el cual se encuentra el derecho penal del enemigo, en temas tales como la globalización y el terrorismo, no los explica de manera eficaz con esa selección de citas (Schüneman citado por Borinsky, et al., 2012).

Schüneman, afirma que la teoría de amigo y enemigo no se puede concebir basado en la teoría de la formación del Estado, puesto que se debe basar en la noción de derecho de gentes, enmarcado dentro de las concepciones de guerra justa de Agustín y Sto. Tomas de Aquino; éstos, a grandes rasgos, estipulan que el monarca puede efectuar una guerra contra el enemigo que ataca, manteniendo el orden y la paz, puesto que precede un conflicto, si se convalidan las decisiones que se toman en la guerra (Citado por Borinsky, et al., 2012.).

Así mismo, la crítica de Schüneman, está dada en la concepción que tiene este del derecho penal del enemigo, pues se dice que es bastante disímil con la concepción de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo, debido a que Kant no considera la expulsión social del enemigo; ello, al referirse a la rebelión, por ser este el equivalente actual del terrorismo; por tanto,

cuando Kant habla de enemigo justo o injusto, en el sentido de “la guerra justa” claramente que es disímil a lo interpretado por Jakobs (Citado por Borinsky, et al., 2012.). Por ello, se hace tan difícil dar un sustento teórico en los autores clásicos sobre el derecho penal del enemigo, por estar descontextualizados en las diferentes categorías creadas en un sistema capitalista y neoliberal (Hamerroff, et al., 2006).

### **1.3 Derecho penal del enemigo desde Carl Schmitt**

Uno de los grandes aportes a comprender cuál es la razón por la cual existe el derecho penal del enemigo, es la obra de Carl Schmitt, en la cual se intenta dar una aproximación al concepto político, no desde un deber ser, si no desde la concepción del ser, que está implícito en los seres humanos, que se ha manifestado a través de la historia y las diferentes ideologías; lo anterior, puede decirse que es asimilable a la “dialéctica histórica”.

La “dialéctica histórica”, si se le puede llamar así, para Carl Schmitt se fundamenta en que siempre toda disputa en sociedad se encuentra enmarcada en una dinámica de amigo-enemigo. Para esta conclusión parte de la concepción de Estado como el lugar en el que se desarrolla esta dinámica de permanente actualidad (1932). Es decir, se contextualiza la concepción de enemigo frente al Estado y no en las relaciones netamente personales, dándole un carácter colectivo al mismo.

Así se plantea que el Estado, en esencia, es político y consecuencial; todo aquello que es político, se convierte en Estatal; de esa manera, las cosas que son políticas, pero no estatales, se dejará de concebir como políticas; generalmente este comportamiento se ve reflejado en el diario vivir de todas las sociedades democráticas (Schmitt, 1932).

Esta relación entre política y Estado, genera la transformación de ciertas realidades a la percepción pública, dejando entrever que, en efecto, puede ser engañosa y monopolizadora. De allí que si se realizan actividades conforme al querer o a la política, desde aquello que es conforme a lo que el Estado quiere o aquello que el Estado no quiere. En este sentido, plantea algunos ejemplos, en los que los diferentes aspectos de la sociedad pierden toda neutralidad entre tesis y antítesis:

Religioso (confesional) como antítesis de político  
 Cultural como antítesis de político  
 Económico como antítesis de político  
 Jurídico como antítesis de político  
 Científico como antítesis de político  
 Estado aglutina a todas las sociedades convirtiéndose en una universal (Schmitt, 1932, p.12)

Con estos ejemplos se perfila que estas áreas, en cierto momento, fueron neutrales; entran en la dinámica de encasillar quiénes son amigos o enemigos del Estado según la política imperante, entendida ésta como una toma de decisiones enfocada a cierta ideología o a beneficiar a ciertas elites. Es decir, que la política siempre tendrá que hacer observancia a los amigos y enemigos en un Estado, sin importar su tendencia ideológica, haciendo referencia a la cercanía de un vínculo o a su lejanía del Estado:

El enemigo político, no tiene por qué ser moralmente malo; no tiene por qué ser estéticamente feo; no tiene por qué actuar como un competidor económico, pues hasta podría, quizás, parecer ventajoso hacer negocios con él. Es simplemente el otro o el extraño; le basta a su esencia el constituir algo distinto y diferente en un sentido existencial, de modo tal que, en un caso extremo, los conflictos con él se tornan posibles, siendo que estos conflictos no pueden ser resueltos por una normativa general establecida de antemano, ni por el arbitraje de un tercero "no-involucrado" y por lo tanto "imparcial" (Schmitt, 1932, p. 15).

Con fundamento en lo anterior, se puede concluir: primero, una cosa es el enemigo personal y otra el enemigo político; éste último es un enemigo de carácter público o que es enemigo frente a una colectividad o frente a un Estado, por ser quien representa los ideales de una comunidad, en algunos casos. Segundo, es importante dejar claro que el enemigo político, es simplemente el otro que puede sea o no moralmente aceptado por quien hace este juicio de valor; pueden ser enemigos porque buscan subsistir y, por ello, pueden haber choques por recursos y beneficios.

Cuando se identifica el enemigo y se está presto para atacarle, se debe legitimar,

configurando en la realidad psicológica, unos rasgos de discriminación como al tratarlo de malo; porque cada diferenciación recurre, la mayoría de las veces, en forma natural, y la diferenciación política aparece como la más fuerte e intensa a fin de fundamentar sobre ella todas las demás diferenciaciones valorativas (Schmitt, 1932, p.15). De esta manera se justifica el porqué alguien es tomado como enemigo, pero principalmente el perjuicio de los aspectos fisiológicos se elaboran con un fin político determinado, como ocurre con la frenología en la época nazi.

De aquí se desprende que siempre es importante, por parte del Estado, encasillar a los enemigos ante la opinión pública como personas que pueden causar problemas a la comunidad, mostrándolos como peligrosos por sus aspectos físicos, costumbre cultural, formas de vestir etc. De esta manera se justifican las medidas represivas, como las características del derecho penal del enemigo.

#### 1.4 Sociedad del riesgo

La sociedad del riesgo ayuda a la consolidación y nacimiento del derecho penal del enemigo, en el sentido que esta produce la flexibilización de las normas de imputación penal, dejando de lado aspectos elementales de la misma, adecuando la técnica legislativa de crear una norma penal que castigue actos preparatorios. Beck, fue quien acuñó el termino de sociedad del riesgo, atendiendo al referente de la sociedad actual; por tanto, destacan algunas aproximaciones de cómo se ha venido configurando la teoría de la sociedad del riesgo y sus implicaciones en el derecho penal del enemigo.

Un aspecto básico que anota Beck, es que la sociedad del riesgo no puede ser determinada en el espacio-tiempo (2002). Parte de la idea misma que, en la actualidad, existen cinco conceptos imperantes en la creación de riesgos; éstos son: (i) la globalización, (ii) la individualización, (iii) la revolución de los géneros, (iii) el subempleo y (iv) los riesgos globales, entendidos éstos como crisis ecológicas y colapsos de los mercados mundiales. Por lo tanto, identificados dichos riesgos, la sociedad debe hacer frente a estos retos que se le presentan.

Beck establece que los conceptos de sociedad y riesgo fundan la unión de concepciones que, en otros tiempos, eran disimiles, al momento

de pensar en cómo se le pueden hacer frente a estos retos, ya que requieren de un estudio multidisciplinario, al aparecer las sociedades industrializadas (2002).

Por consiguiente, la sociedad del riesgo se convierte en una forma de crear una exigencia a todas las instituciones del Estado para que logren salir de las crisis del presente, que en algunos casos son traducidas en la innovación en el campo ambiental, pero que también traducen problemas, como el de la miseria, que acarrearán las economías del libre mercado, promovidas por la Organización Mundial del Comercio y la Asociación Norteamericana de Libre Comercio, entre otras. En uno de sus estudios la ONU, determinó que en los países ricos se consume seis veces más comida, agua, petróleo y minerales, que sus pares (Beck, 2002). Se configuran los peligros, no sólo por la producción de las industrias, como se pensaría en un primer momento, sino que, en efecto, el consumo está totalmente disparado y sin el suficiente control. Ahora bien, esto viene siendo estimulado por las grandes entidades internacionales lo que, a la postre, repercutirá en la falta de recursos naturales básicos para la existencia del ser humano.

Por otro lado, el riesgo y la responsabilidad están enlazados, en esta teoría, así: riesgo y seguridad, riesgo y confianza. En el mercado global, nadie es responsable, al no existir un gobierno mundial (Beck, 2002), por tanto, el riesgo de los recursos naturales, inherentes al ser humano, están supeditados al libre mercado que pregona el neoliberalismo; es un aspecto económico no regulado. El caso del derecho penal del enemigo, no podría escapar a estas dinámicas, ya que este es un buen medio de crear responsables.

A continuación, Beck interrelaciona los factores que dan lugar a riesgos:

- Que al distribuir bienes, se puede incurrir en repartir males, de manera concomitante.
- Los riesgos materializados no se pueden calcular y, mucho menos, lograr hacer frente a hechos que producen tantos despidos y pobreza, como consecuencia de éstos.
- Los riesgos financieros se hacen cada vez más reales, desajustando culturas.
- Surgen nuevas opciones para minimizar los riesgos, como creación de más entidades internacionales, democratización y proteccionismo nacional (2002).

Estos factores de riesgos son casi que incontrolables; se convierten en factores de delincuencia exógenos que influyen en el derecho penal, para dar una supuesta respuesta a dichos riesgos, incluso al punto de convertirlo en *prima ratio*, en aras de acciones desesperadas y apaciguadoras, de momento, a la opinión pública. En el caso de un desabastecimiento de alimentos, una solución a un problema de orden público, cuando las personas reclaman sus derechos alimentarios, es crear el tipo penal del terrorismo que, por su ambigüedad, puede ser realizado por cualquiera que el Estado determine que está realizando actos de dicho carácter. Es decir, la sociedad del riesgo se configura en un ambiente de política global; se piensa en qué forma se administran los recursos naturales, que hace algunos años, de ninguna manera se concebía.

### **1.5 Implicaciones de la teoría del riesgo en el derecho penal del enemigo**

Esta teoría fundamenta, efectivamente, los tipos penales de peligro en abstracto, como una desesperada respuesta a fenómenos, tales como el desempleo y la pobreza, que erigen un contexto para la criminalidad y la inseguridad, haciendo la salvedad que, esta penalización, a través del tiempo, no ha sido la solución adecuada.

#### **1.5.1 Peligrosismo**

Se justifica el derecho penal del enemigo a través del peligrosísimo; el nacimiento de éste en el positivismo, consistió en una manera de revivir las concepciones inquisitorias, al ser el liberalismo insuficiente para las nuevas dinámicas utilitaristas de la revolución industrial; por tanto, aparece la concepción del Estado - Policía que, por no tener este un discurso propio que le legitimara, debió promover un discurso justificante; de esta manera, se crea un discurso médico policivo racista (Zaffaroni, p 41. 2005). En la inquisición se llegó a plantear una morfología de aquellos que no pertenecían a Dios y, por ende, se les tenía como personas peligrosas; este paradigma se retoma para que el poder punitivo del Estado fuese más ilimitado, en el contexto capitalista, fundamentándolo con otras estructuras que se adecuaban al momento histórico.

Zaffaroni distingue algunos elementos importantes que se trataron en la época de la inquisición, como se enmarcó en el texto *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y

James Sprenger, en 1484; éstos marcan los primeros paradigmas peligrositas que, más adelante, serán tomados por el positivismo, como se explica a continuación:

a) La larga tarea de los criminólogos de su tiempo, o sea, por los especialistas en el mal y en su etiología, que eran los demonólogos, b) un considerable debate sobre si la capacidad de daño del Maligno y de hazañas extraordinarias de las brujas era real o imaginaria y c) el trabajo jurídico de la glosa (2005, p, 163).

De estos parámetros inquisidores, que en la actualidad siguen imperantes, se observa que, si por una parte, las palabras que se manejan aquí son distintas, su teleología es la misma en cuanto que haciendo un análisis más concienzudo, hoy la criminología o política criminal se encamina a estudiar la etiología del crimen con discursos generalmente médicos, correspondientes al primer parámetro de estudio enunciado; así mismo, como segundo parámetro, se debate qué tan peligrosas pueden ser las personas que, generalmente, son un obstáculo para los modelos que establece el Estado al determinar quiénes son buenos o malos y, por último, se investiga la forma en cómo se deben crear las normas e interpretarlas.

Un ejemplo claro de este tipo de situaciones repetitivas en el tiempo, es que siempre se fundamentan los mismos principios para crear un enemigo:

En parte, se explica porque el mal logra aliarse con los humanos más débiles y defectuosos (inferiores o sub-humanos), que para el Malleu, serán las mujeres, consideradas tales por razones biológicas, en forma que racionalizará LOMBROSO, cuatro siglos más tarde (Zaffaroni, 2005, p, 164).

Esto fue implementado de nuevo por el Estado de Policía ya que, en un principio, no logró fundamentar sus acciones; por ende, anota Zaffaroni que:

Se demuestra aquí que el ensayo de un discurso por parte del Estado policial, anterior al positivismo, no tuvo éxito debido a la debilidad estructural del producto, a sus contradicciones resultantes y, en gran medida, a que incluso, resultó disfuncional para legitimar la represión policial ilimitada. Si

los médicos habían tenido discursos, pero les había faltado poder para lograr la hegemonía, las corporaciones policiales tenían poder, pero no habían conseguido el discurso adecuado; es curioso que su escasez de elementos fuese tal que, en buena medida, el intentado resultó ser casi iluminista y de crítica social.(2005)

Esta necesidad produjo que se apartaran de las teorías clásicas que promulgaban que el derecho era una creación natural y que lo que hacía el hombre era acatar esos principios naturales en la ley positiva, al decir que el derecho era una creación histórica, la cual debía salir de todo orden religioso, aplicando el método científico, al estudio de éste.

Para comprender, de manera más adecuada, el positivismo, el profesor Zaffaroni,, se refiere a un discurso dado por Frégier, jefe policial de la zona del Sena, publicado en 1840, en el que se encuentran algunos de los paradigmas del peligrosísimo es decir, el pre-positivismo, los cuales pueden sintetizarse, de la siguiente manera:

- El vicio es la causa de todos los males, afirmando que el vicio es inherente al ser humano pero que aun así el vicio del rico no es relevante, ya que los vicios de éstos sólo privan a la beneficencia de tales recursos, es decir derrochan de lo que les sobra; en cambio, el vicio del pobre, priva a su familia de recursos; además, de éstas, siempre han salido la mayor cantidad de criminales y, por ende, son las más peligrosas.

- De la clase pobre, se clasifican los obreros que, por ejemplo, cuando por vicio dejan de trabajar, se convierten en un peligro y enemigos para la sociedad; pero, también otros individuos, como lo son los condenados y los liberados, al ser éstos los más peligrosos, por ser delincuentes más refinados y astutos. Sin dejar de lado la mujer que, es peligrosa, y utilizada para estafas, hurtos y en la prostitución.

- Cuando no existe acción ofensiva o dañosa, no debe haber reproche de ningún tipo, por verse allí la separación de la ley civil con ley moral; sin embargo, no es un secreto que la moral puede ser fuente de conductas punibles; por ende, es importante que el gobierno se ocupe de ésta (2005).

Se empieza a gestar la teoría que, las clases bajas, son fuente de peligro; por lo tanto, se enfatiza la búsqueda de mecanismos que no sancionen el acto o el daño como tal, sino que se castiguen actos de simple peligro; también que los obreros debían estar sometidos para que, de esa manera, no se les tildara de peligrosos, creando así un ambiente de sumisión constante a sus patronos. Por tanto, Zaffaroni considera que la conclusión de este texto elaborado por Frégier no es suficiente para los intereses de las clases altas de tal época, porque si se acepta este texto como cierto, entonces se reflejaría que la solución es buscar el progreso social que acabaría con la pobreza y, si se acaba con la pobreza, se acaba con los peligros que está trae implícitamente (2005).

Lo que se quiere realmente justificar es que el peligro no se debe a las causas ajenas como pobreza, miseria e ignorancia, ya que no es nada útil invertir en el progreso social; por tanto, aparece la medicina como respuesta salvadora a la clase burguesa que solo quería legitimar que Estado de policía tenía poderes ilimitados para intervenir en la esfera privada de las personas. Se dirá que el problema no es social o por el alcance a recursos intelectuales o de tipo monetario, sino que “Esto sólo se lograría con la patologización y biologización de la inferioridad de esas clases y, no con la mera consideración de una inferioridad moral, como pretendía Frégier” (Zaffaroni, p 67, 2005). Así, las personas con patologías son consideradas como aquellas que no pueden ser ayudadas; por tanto, la única solución existente es que la pena debe tener un fin, netamente enfocando a la prevención general, para ello se debe tener un poder punitivo con menos barreras, legitimando así este accionar.

Zaffaroni anota unas conclusiones relevantes de este pre-positivismo:

a) ratifica la afirmación de que la corporación policial tenía poder; pero carecía de discurso, al menos funcional; b) al mismo tiempo, explica el cuidadoso silencio sobre el discurso de Frégier, por la notoria disfuncionalidad del único instrumento de cierto volumen que había surgido de un autor perteneciente a las filas policiales; c) pone de relieve la enorme importancia del aporte discursivo de la corporación médica en el control social posterior, pues está clarísima la extrema pobreza e incapacidad legitimarte del discurso, salido de las filas de la corporación policial (Zaffaroni, p, 68. 2005).

## 1.6 Inicios del positivismo

El positivismo, como respuesta para fundamentar, de manera científica, el actuar sin límites del Estado de policía, encuentra su sustento en el texto de Cesare Lombroso, sobre el hombre delincuente. Sin embargo, a él le preceden una serie de autores como Ferri y Garofalo quienes, si bien es cierto, no son exactamente iguales, conservan en esencia sus mismos principios científicas.

Efectivamente, los autores de los viejos discursos defensistas (especialmente positivistas), creían que en realidad estaban disminuyendo el número de conflictos o de delitos. El nuevo discurso de prevención general positiva se desentiende de lo que realmente sucede en la conflictividad social: poco importa que aumente o disminuya la victimización, pues sólo interesa la credibilidad del Estado, como actor preventivo (Zaffaroni, p, 157. 2005).

El Estado pone en funcionamiento esta teoría logrando crear un pensamiento, en cuanto a mostrar que la represión es algo bueno con el fin de garantizar la seguridad general, consiguiendo con esta visión ahorro de dinero en inversión pública, ya que los delincuentes tenidos como enemigos no se les concibe cura, puesto que nacen así; y si nacen así, no es viable entregar ayudas por parte del Estado para mitigar esta situación; por ende, sólo queda la actuación represiva frente a estos peligros, protegiendo a las personas que son consideradas como ciudadanos.

Lombroso toma elementos de la inquisición, verbigracia, al referirse a los enemigos que, “presentan características o estigmas físicos, como los que el Diablo ponía en las brujas. Serán luego los caracteres atávicos lombrosianos, los étnicos de los inmigrantes o las secuelas de las agujas en los tóxico-dependientes” (Zaffaroni, 2005, 164).

Baratta, explica que Lombroso parte de que, en efecto, el delito es un ente natural, inherente al ser humano, del cual no se puede apartar y, por tanto, se puede nacer determinado al delito, por razones biológicas que generalmente son heredadas (1986).

En general, la teoría de Ferri es la más estructurada argumentativamente de la escuela positivista; en secuencia, a sus predecesores positivistas, también encuentra que el delito es natural al ser humano. “*Studiamo e conosciamo prima, ilpiù positivamente e precisamente possibi, le varieclassi di delinquenti ; e*

*c'ingegneremopoi a espiegarnel'origine e la natura, che Sempre una ricercasintetica, cui deve precedere un'analisiostinata e menos incomplea che si possa*<sup>1</sup>; es fácil comprender que, como en efecto, se está hablando de un delincuente por naturaleza, este pierde su libre albedrio y, consecuentemente, se le debe dar un trato distinto.

Ferri en su texto cumbre, *La Sociología Criminal*, establece que la historia de la humanidad justifica el derecho a castigar, en virtud del libre albedrio, es decir, en la libertad o en la capacidad del actuar humano; en tanto, la escuela positivista no acepta este razonamiento por dos razones fundamentales: La primera, se refiere a que la fisio-psicología positiva controvierte la concepción de libre albedrio o libertad moral; la segunda, se encuentra basada en que la complejidad de análisis de cada caso, en particular, comporta una serie de datos y consecuencias que suelen ser falsas. Esto es sustentado por el concepto del inconsciente, el hombre no es libre en su actuar, pero, si en realidad se llega a actuar, como manifestación física, sí se produce conciencia del acto (Ferri, 1905).

A aquellos criminales que han perdido su libre albedrio, como ocurre con los enajenados mentales, se les debe dar una medida de seguridad, en un manicomio; esto debe hacerse, incluso, antes de que comentan una conducta punible. Ferri dijo, al referirse sobre el peligro de éstos, que:

Vale más, en suma, si semejantes escenas se producen, que sean entre alienados, y no fuera, para desgracia de los ciudadanos útiles y honrados; además, si el establecimiento está bien organizado, si se distingue en el las diferentes clases de locos según el carácter, los precedentes, la enfermedad, etc. (1905, p. 293).

El reflejo es que esta teoría tiene un tinte utilitarista marcado y definido; cuando se refiere a los alienados, los presenta como no personas, que son un peligro para la sociedad al ser incurables; pero, por otro lado, utiliza la palabra inútil, la cual permite conocer que es inútil para el sistema capitalista y por ello debe ser desechado por no cumplir con una función de trabajo en la sociedad.

1. Traducción: *estudiamos y conocemos antes, el más positivo y preciso e variedades y clases de delincuentes; y nos ingeniaremos luego a explicar el origen y la naturaleza, que siempre una investigación sintética, que debe preceder a un análisis obstinado y menos incompleto que se pueda*

## 1.7 Foucault y la medicina criminal

Desde la criminología médica, se establece esta forma de análisis del criminal convirtiéndolo así en una forma de dominio del Estado de policía; el hospital se encuentra, como legitimador de tales teorías. El hospital juega un papel importante en el sentido en que las personas ven a esta institución como confiable pues busca el beneficio de las personas a lo cual Foucault comprende la función implícita del hospital como medio de control.

Foucault plantea que el hospital, en efecto, tiene la función fundamental de garantizar la salud de las personas, con la finalidad de mantener la fuerza de trabajo para no poner en riesgo la producción del Estado, integrando este gasto a los presupuestos de cada Estado (1974). Así se establece una institución netamente utilitarista para los fines de la burguesía; sin embargo, esta no sería la única finalidad, pero si la más importante.

Foucault establece cuatro etapas para que el hospital llegue a ser lo que es como institución de poder del Estado; por ende, permite comprender en que se relaciona esto con el peligrosismo del positivismo:

1. Aparición de una autoridad médica, que no es simplemente la autoridad del saber, de la persona erudita que sabe citar a los autores canónicos. La autoridad médica es una autoridad social que puede adoptar decisiones relativas a una ciudad, un barrio, una institución, un reglamento. Es la manifestación de lo que los alemanes denominaban *Staatsmecin*, la medicina del Estado.
2. Aparición de un campo de intervención de la medicina distinto de las enfermedades: el aire, el agua, las construcciones, los terrenos, los desagües, etc. En el siglo XVIII todo esto fue objeto de la medicina.
3. Introducción de un aparato de medicalización colectiva, a saber, el hospital no era una institución de medicalización sino de asistencia a los pobres que esperaban la muerte en su recinto.
4. Introducción de mecanismos de administración médica; realización y comparación de estadísticas, etc. (1974, p. 356).

En el primer punto, se encuentra la forma de cómo aquello que se diga en un hospital está

legitimado por un capital de erudición; por tanto, lo que se diga ante la opinión pública, será tenido como cierto; por esto, es que la criminología medica positivista se tomó como una verdad absoluta al provenir de un erudito de la medicina como Lombroso. Los puntos tres y cuatro, establecen cómo el hospital se convierte en un centro de atención social en el que las personas acuden para ser sanadas de distintas dolencias o patologías; pero, concomitante a esto, se establece mediante el examen, un control sobre el cuerpo humano, el cual servirá para la consolidación de estadísticas, las cuales entregan una idea al Estado de las acciones más útiles a tomar para mantener el orden social y mantener su fuerza de trabajo, sin molestias.

Un aspecto importante en la consolidación del hospital como institución es:

El examen que combina las técnicas de la jerarquía que vigila y las de la sanción que normaliza. Es una mirada normalizadora, una vigilancia que permite calificar, clasificar y castigar. Establece sobre los individuos una visibilidad, a través de la cual, se los diferencia y se los sanciona. A esto se debe que, en todos los dispositivos disciplinarios, el examen se halle altamente ritualizado (Foucault, 2002, p.215).

Sin la presencia del examen, el peligrosismo o la criminología positivista, no podría diferenciar quiénes son delincuentes peligrosos y sin cura, de aquellos que tienen cura; además, el hecho de que sea totalmente ritualizado, crea una imagen de seguridad y veracidad, frente a cualquier espectador, sin importar si es o no cierto, porque lo que realmente interesa es el interés del Estado, respecto de su estabilidad económica.

### 1.8 La seguridad

Es de trascendental importancia determinar el concepto de seguridad en la actualidad y como bajo este se crean dinámicas en las cuales la seguridad es un bien absoluto e infaltable, en cualquier Estado moderno, convirtiendo así “el concepto de <<policía>> a las funciones estrictamente delimitadas de mantenimiento del orden jurídico y político del Estado y a la salvaguardia de la <<seguridad>> de la vida y, sobre todo, de la propiedad de los ciudadanos”(Lutz. 2008. P, 123).

Por tanto siempre se hace indispensable la unificación en determinados sectores, para que

logren sus cometidos de seguridad y, consecuente con esto, mayores atribuciones a los mismos, con énfasis siempre al temor de ciertos peligros o riesgos en ciertos lugares “estigmatizados”.

La policía, junto con la fuerza militar de un Estado, tiene una teleología frente al deber de mantener el orden jurídico establecido en consonancia a los postulados burgueses. Lutz afirma que, en efecto, en la optimización de la seguridad en el siglo XIX, sustentada por las clases que se encuentran a cargo del Estado, anunciaba que la idea de la presencia de una tropa eficaz encargada del orden, daba validez a la ley. Se estableció, de manera amplia, la teoría que la policía podía contener ciertos desórdenes.

Al terminarse la época del estado garantista, se entra en una situación de desencanto, en la cual nos encontramos. Una solución al problema de la criminalidad, desencadena una política criminal de “mano dura”; este hecho permite que entreguen más funciones a los agentes policiales y a las fuerzas armadas, en general, bajo la consigna de “La seguridad ciudadana” (Anitua. 2009). Ello evidencia que, bajo la figura de la seguridad democrática, se crea y busca el beneplácito de los ciudadanos, respecto de medidas represivas más no preventivas, en las políticas públicas criminales.

Para ello aparecen campañas donde se refleja el uso de la palabra “GUERRA”, como herramienta destinada al ahorro de recursos, puesto que es menos dispendioso para el Estado invertir en políticas de choque criminal en contrapuesta a políticas de prevención, que resultarían más efectivas, pero más costosas y desgastantes. (Anitua. 2009)

## 2. INTERRELACIÓN ENTRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Después de este esbozo conceptual sobre el derecho penal del enemigo y las teorías que lo sustentan, surge una inquietud: ¿Cuál es la manera en que las personas del común o “la opinión pública”, ahondan en esto tomándolo para sí como una verdad irrefutable en la cual el derecho penal se refleja como un vengador y, por tanto, la pena sólo cumple un fin retributivo?

Teoría de la retribución o de la justicia: Para esta teoría, el sentido de la pena consiste en

la retribución justa, es decir, en imponer al delincuente un mal, que corresponda al grado de su culpabilidad (Roxin, 2010, p. 31).

Esta es una aproximación general, de la opinión pública, frente al Derecho penal del enemigo; por ello, se debe acudir al análisis de cómo se forma dicha “opinión pública”, en autores como Pierre Bourdieu y Shonsky&Ramonet, para plantear su relación con el caso colombiano de los conductores ebrios, incluyendo algunas extractos jurisprudenciales de la Corte Suprema de justicia colombiana sobre este tema.

## 2.1 El papel de los medios de comunicación en la historia

En el siglo XX, los medios de comunicación han jugado un papel más relevante que el que había precedido a los últimos siglos, al punto que el presidente de los Estados Unidos Thomas Woodrow Wilson, durante la primera guerra mundial, toma la decisión de inmiscuirse en dicha guerra, no obstante que la población era netamente pacifista y no le interesaba ir al conflicto en Europa; por consiguiente se accionan los medios de comunicación, con la creación de la “Comisión Creel”; es tal la influencia de dichos medios, que se logra transformar una sociedad pacífica en guerrera, para destruir a los “enemigos alemanes” (Shonsky&Ramonet, 2002).

Esto se logra mediante la irrigación de historias, en las que los alemanes cometían graves actos de crueldad, respecto de supuestos seccionamientos realizados a niños belgas, creando así indignación en la población; a ello se le incorpora que los grandes intelectuales también fueron convencidos por el Estado, influenciando, aún más, a la opinión pública sobre tales acciones bélicas (Shonsky&Ramonet, 2002).

Ahora bien, el medio de difusión de información, con un papel más influyente que otros medios de comunicación, en la actualidad, es la televisión; ha jugado un papel fundamental, desde su creación, el 25 de marzo de 1925, por el escocés John Logie Baird. ¿Hasta qué punto el Estado y las empresas, la utilizan para crear o destruir realidades sociales a su conveniencia?

Por ello, el análisis de la concepción del derecho penal del enemigo, no podía escapar a esta realidad; como es notorio, no solo la televisión

ha jugado un papel de cómplice en las diferentes políticas estatales a través del tiempo, ya que todo medio de comunicación ha sido útil para legitimar la acción estatal; esto hace que el Estado ejerza violencia simbólica en las personas que acuden frecuentemente a este medio de comunicación para pasar su tiempo libre, al crear hábitos o materializar sus maneras, mostrándolas como buenas y necesarias, enervando las pasiones de las personas a la venganza de enemigos, en común.

Evidenciado el uso que hace el Estado de los medios de comunicación, como instrumento de legitimación y uso del derecho penal del enemigo, es procedente analizar el tema, desde las perspectivas de Pierre Bourdieu, sobre la televisión.

## 2.2 Creando concesos

Walter Lippmann, decano de los periodistas americanos, establece unas teorías liberales progresistas en las que propone que para mejorar la democracia y encontrar un consenso, se necesitó utilizar la propaganda para que, algo que inicialmente no es deseado, sea deseado. Además, añadía que es una medida necesaria; que debía ser controlada por una élite de intelectuales que comprendiera qué era lo que realmente necesitaban las personas (Shonsky&Ramonet, 2002).

Lippmann establece que, en efecto, existen personas que son “estúpidas” y no pueden dirigirse a sí mismas; de ahí la razón de que existan personas que ostenten la información, ya que éstas sabrán cómo llevar los hilos de las sociedades, y al rebaño desconcentrado, como lo llama; se debe dirigir su atención a cosas menos importantes, para que continúen en su labor de meros espectadores (Shonsky&Ramonet, 2002).

Para Bourdieu, existe algo que se llama la censura invisible; se presenta como una manera de crear concesos y que se configura para imponer determinada forma de pensar; esta forma de pensar, es aquella que conviene a los propietarios de los medios de comunicación. Un ejemplo claro: La NBC, pertenece a General Electric, lo cual permite pensar que, en efecto, este canal no tiene ningún tipo de independencia (Bourdieu, 1997). A esta censura, se le debe añadir la limitación del tiempo para expresar los temas, ya que esto produce que sea casi imposible lograr expresar algo de manera clara. Los ejemplos colombianos son asimilables a los anteriores; cada canal nacional, pertenece a un

grupo empresarial. Así, RCN televisión y radio, al grupo Ardila Lule, o el Canal Caracol, que pertenece a Valórem. En ese orden de ideas, por el principio de auto conservación, estos no realizaran actos comunicativos que vayan en detrimento de sus intereses. Las relaciones públicas que ostentan las grandes empresas o multinacionales son efectivas para lograr sus objetivos y que las personas del común, no se opongan.

Uno de los antecedentes, que lleva a replantear las cosas por parte de las empresas, es que los trabajadores estaban ganando derechos y hacen uso de ellos, como ocurrió en Estados Unidos en 1936, al declararse la Ley Wagner; los trabajadores lograban organizarse de manera independiente. Por tanto la democracia no funcionaba de manera idónea para ellos, es así que se presentan dos problemas, el primero es que las personas del común estaban consiguiendo victorias legislativas y, el segundo, que no se cumplía con la necesidad de tener a las personas atemorizadas y aterrorizadas para actuar en los asuntos de relevancia pública. Con estos triunfos se estaban convirtiendo en colectividades independientes, lo cual no es conveniente para las empresas (Shonsky&Ramonet, 2002).

Entonces, se decidió que se debían atacar los sindicatos de una manera sutil, mostrando a los sindicalistas como personas que no le hacen bien al país; no son patriotas y no les interesan los intereses del Estado; por tanto, son subversivos y un potencial peligro para la comunidad. Por otro lado, convenciendo, mediante la televisión, que el mejor valor es vivir bien consumiendo cada día más y más y que se viva solo en pos de esto. Por ello aparecen personajes como Edward Bernays quien desarrolla lo que se conoce como ingeniería del conceso (Shonsky&Ramonet, 2002).

La opinión pública se fabrica; por ejemplo, para incursiones bélicas, es necesario asustar a las personas; tener separadas a las personas de asociaciones, al momento de establecer el apoyo o no una intervención militar; la persona se sentirá como alguien excéntrico, porque él mismo piensa que es distinto a los otros, sin saber que, en efecto, existen muchas otras personas que podrían tener la misma idea, en contra de las políticas del Estado; pero como se encuentra solo, decide no prestar atención y realizar otras actividades (Shonsky&Ramonet, 2002). Igualmente, se muestra al enemigo como peligroso y el peligro crea miedo; así las personas dan su beneplácito a todo tipo de guerra.

Falsificar la historia constituye otro factor importante para la creación de un consenso a través de la manipulación por las élites, pues se ratifica que solo si se ataca y se destruye al “otro” es posible cuidar al buen ciudadano del peligro que aquel representa, mostrándolos por lo general como monstruos o bestias. Verbigracia, la guerra de Vietnam, en la cual se bombardea y se destruye el sur de Vietnam por causas nobles; además, porque en el sur de Vietnam solo existen sur vietnamitas; por ende, es importante tener el control de los medios de comunicación y de los centros de aprendizaje; así será mucho más sencillo permear conciencias. Esta es una manera de control, distinta a la del Estado totalitario, ya que de esta manera se respeta la libertad de las personas, pero, al mismo tiempo, se controla y se inducen a los individuos (Shonsky&Ramonet, 2002).

Un reflejo de lo dicho se presenta cuando los periodistas, en sus investigaciones, obtienen un resultado que arroja un culpable o un enemigo, al cual se le endilga la culpabilidad absoluta de ciertos hechos. De esta manera, sin ser declarado culpable, se ejerce una violencia simbólica que, según Bourdieu, “es una violencia que siempre se ejerce con la complicidad tácita de quienes practican en la medida de que uno y otros no son conscientes de padecerla o de practicarla” (1997, p. 22). La violencia simbólica es, en algunos casos, más perjudicial que cualquier otro tipo de violencia, por ser inconsciente y no ser expresa, condicionando así a las personas a verla con agrado y a seguirla ejerciendo.

Esta violencia simbólica se materializa, en algunos casos, mostrando las noticias que llaman la atención a la mayoría de gente; así no es problema ocultar lo que se quiere ocultar, ya que estos que agradan a todos crean consenso, pero que por su esencia, no tienen trascendencia y eso en un fin fundamental de la televisión (Bourdieu, 1997).

Las personas creen bastante en lo que se dice en los medios de comunicación; dichos medios son la única fuente para ellos de información, quedándose solo con una visión de las circunstancias. De esta manera se puede decir que la televisión posee cierto monopolio sobre las mentes de las personas (Bourdieu, 1997). El monopolio se logra en la medida que la participación en los canales por parte de las personas del común es restringida; por otra parte, los profesionales que laboran en estos canales,

deben estar de acuerdo con la postura de las élites; de lo contrario, si se rebelan a las ideas que se requieren instaurar, no serán aceptados.

A pesar de lo anteriormente dicho por Bourdieu, según Shonsky&Ramonet, hoy ha crecido el escepticismo hacia el poder, lo que antes no se presentaba; si se logra que las personas no estén sólo pendientes del televisor y, en cambio, logren asociarse, se auspiciarán cambios sustanciales, como es el caso del movimiento feminista que ha logrado romper varios paradigmas sobre la mujer (2002). La idea planteada por Bourdieu no es absoluta ya que, en ciertas circunstancias particulares, se podrá hacer oposición al consenso general, que quieren imponer los medios de comunicación.

### **2.3 Distracción mental, para que piensen en vencer a los enemigos**

Existe en la actualidad un problema común, como el que ha venido sucediendo en Estado Unidos; es decir grandes problemas de tinte económico y social que no han tenido acogida por ninguna administración en los últimos años; lo que se hace, generalmente, es desviar la mirada de las personas a otras problemáticas para no generar consciencia de las circunstancias. Así, se debía crear un miedo, que lleve a las personas a ver como enemigo a alguien; pero ahora, no se podía acudir a los rusos ya que la guerra fría había terminado; entonces surgen los musulmanes o narcotraficantes como enemigos (Shonsky&Ramonet, 2002). Se introduce la palabra terrorismo que, por su ambigüedad, lo único que puede y debe producir son beneficios a unos pocos y miedo a la mayoría, acompañado el mensaje con palabras como desestabilización de la democracia (Shonsky&Ramonet, 2002).

Los hombres más influyentes del mundo no son los primeros mandatarios de los Estados sino los empresarios con la globalización, el neoliberalismo y las comunicaciones; éstos ostentan una gran capacidad de decisión en los ámbitos internacionales; por esto que pueden lograr consolidar un pensamiento único.

Es el pensamiento de élites internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, organizaciones de cooperación y desarrollo económico, entre otros, que al realizar financiaciones a Estados o instituciones

de cualquier índole, les exigen promover el pensamiento de estos entes internacionales. Para esto se manejan unas pautas: Lo económico prima sobre lo político, El mercado, competencia y la competitividad, el libre intercambio sin límites, mundialización, privatización, moneda fuerte y división de trabajo a nivel global etc. (Shonsky&Ramonet, 2002).

Estas intenciones de ocultar se manifiestan, según Bourdieu, cuando en la televisión se vuelven intrascendentes las causas de los problemas sociales o cuando no muestra lo que debe mostrar. Esto se logra porque en la formación de los periodistas se les enseña a ver unas cosas determinadas que son tenidas como trascendentales y aquello que no es realmente trascendental, se debe desechar o no darle una gran importancia. La selección consiste en elegir aquello que es espectacular o sensacional, exagerando su gravedad, convirtiéndolo en más dramático de lo que es en realidad, mediante la utilización de palabras pomposas, creando otra realidad con las palabras (Bourdieu, 1997). Este fenómeno se debe a que, por el hecho de trabajar en un canal determinado, se deben buscar las noticias que logren mayores índices de audiencia; lo que permite mayores índices de audiencia es todo aquello que logre crear emociones fuertes en las personas; esto no es posible con noticias culturales o económicas, ya que, en esencia, si es que se logran transmitir bien en razón del tiempo, son bastante ambiguas para la mayoría de receptores, y si no se entienden, no mueven emociones lo cual conlleva a el aburrimento, cambiando de canal o apagando la televisión.

Los canales se interesan en ser los primeros en dar la noticia o mostrarlo de un modo distinto y exclusivo a la de los demás, por pensar en el otro se termina haciendo lo mismo uniformando la información (Bourdieu, 1997).

La idea es que lo cotidiano sea extraordinario, como lo anota Bourdieu:

Los sucesos, los incidentes o los accidentes cotidianos pueden estar preñados de implicaciones políticas, éticas, susceptibles de despertar sentimientos intensos, a menudo negativos como el racismo, la xenofobia, el temor-odio al extranjero y la simple información, el hecho de informar, to record, de manera periodística, implica siempre una

elaboración social de la realidad capaz de provocar la movilización (o la desmovilización) social (1997, p. 27 y 28).

Cuando se habla de movilización se hace referencia a realizarlas enfocadas a sus intereses y en el caso del derecho penal del enemigo, a exigir al Senado en las calles mayor tenacidad en las penas para que se haga “justicia”.

Si un hecho no es transmitido por los medios de comunicación, es prácticamente como si no existiera; si se quiere hacer una protesta, habrá que contar siempre con un asesor de comunicaciones, que logre obtener un espacio en algún medio de comunicación para que de esta manera las protestas tengan una verdadera trascendencia (Bourdieu, 1997). Esta manera de ejercer poder, conlleva al fracaso de muchos movimientos ya que no cuentan con un capital social para lograr ser escuchados; por otro lado, los televidentes, por ser acondicionados a la televisión, no creerán como cierto o confiable, aquello que no salga en los medios de comunicación.

## 2.4 El periodista

Una de las armas más importantes para este control de opinión, son las redes sociales de multimedia o las autopistas de información, las cuales son objeto constantes de disputas por el control de estas, ya que con su acceso se permean audiencias de escalas mundiales. (Shonsky&Ramonet, 2002). Con estos medios se utiliza el conductismo para que las personas respondan mediante estímulos, aquello en lo que deben pensar; por ejemplo la repetición constante de una idea en radio que estará siempre interviniendo en el subconsciente de las personas.

Se va así perfilando una ingeniera de la persuasión, que comienza desde la familia, para generar un contacto en los niños con la televisión, de manera descontrolada, en la cual se encuentra la violencia y produce una influencia fuerte que lleva a los infantes a tendencias al crimen. Por ello, en muchos Estados se han suprimido escenas de violencia, debido a que muchos crímenes se basaron en programas de televisión para su comisión; se crearon horarios especiales para adultos pero como no hay control de los padres, los niños logran ver estos programas siendo ellos de los más violentos, pues los noticieros informativos que muestran las guerras y los

crimines más graves que se cometen en el mundo (Shonsky&Ramonet, 2002). A esto se le debe añadir que no solo la violencia crea conductas indebidas en los niños, ya que existen otras formas de influir para mal en el comportamiento de ellos, verbigracia el canal MTV que crea una cultura de consumismo y una filosofía de vida que solo favorece a las grandes empresas.

Para el tema que ocupa este escrito, también enseña a crear prejuicios frente a quienes no tienen determinada forma de hablar o de vestir, incluso a aquellos que no son fisiológicamente similares a los modelos de belleza que aparecen en este tipo de canales, formándose así, a temprana edad, el ver al otro que no cumple con un aspecto aceptable a la generalidad, como un enemigo al que se le debe atacar y hacer mofa de todo aquello que realice.

Este tipo de ardides es un reto para el Derecho penal, a lo cual Zaffaroni responde:

Si nos preguntamos qué ofrece como novedad este nuevo embate contra el derecho penal de garantías o liberal, de inmediato llama la atención la pobreza ideológica del debate público, como también la grosería de los medios masivos de comunicación en sus campañas lanzadas a incentivar el sentimiento público de inseguridad y a reforzar reclamos vindicativos y ejemplarizantes. (Zaffaroni, p 156. 2005).

SPEE señala que el prejuicio y la ignorancia o falta de información pública son uno de los elementos fundamentales que permiten la continuidad de esas iniquidades y crímenes. Como buen crítico, responsabiliza a los doctos que escriben y aconsejan sin enfrentar los prejuicios, sino sólo reforzándolos, por conveniencia o por expresar conceptos gratos al poder. Spee citado en (Zaffaroni, p 167. 2005).

### 2.4.1 El periodista en el derecho penal del enemigo

Pierre Bourdieu establece que, en la realidad, no existen clases de periodistas. Siempre se hablara de periodistas en el sentido que no tienen diferencias. Esto debido a que dentro del mundo periodístico yacen conflictos, competencias y hostilidades que hacen, de manera paradójica, que exista una homogeneización de la información, a pesar que en un momento dado se podría pensar que la

competencia crea heterogeneidad, pero cuando todos los periódicos o canales están sometidos a unos mismos parámetros y principios se desarrollará siempre la homogeneidad (Bourdieu, 1997).

Los periodistas están en una constante lectura de diferentes periódicos, “para saber lo que uno va a decir, hay que saber qué han dicho los demás” (Bourdieu, 1997, p. 31). De esta manera se ejerce violencia simbólica porque la situación se convierte en un círculo vicioso; se repite lo que diga el otro para no perder vigencia ante las personas; si me falta lo que el otro dijo, puedo perder vigencia, porque la gente va a pensar que estoy haciendo el trabajo de manera incompleta.

En el caso colombiano de los conductores ebrios, este tópico se ve representado cuando, tanto el canal RCN y el canal CARACOL realizaron cada uno dos programas de crónicas, refiriéndose a este tema, en fechas cercanas.

Los periodistas, sin distinción, comparten características en formación; se tiende a hacer lo mismo; es importante tener en cuenta el índice de audiencia, que son medios, generalmente cada cuarto de hora, para conocer los niveles sociales que ven más o menos determinados programas (Bourdieu, 1997). Esto promueve que los canales de televisión o medios de comunicación, en general, den a los televidentes aquello que gusta y aquello que no siempre es lo más útil en cuanto a mejorar los niveles intelectuales.

Los índices de audiencia hacen que los periodistas vivan en una constante presión; buscan no lo verdadero y objetivo, sino que viven pensando en ganar audiencia sin importar a qué costos se logre tal objetivo, dejando de lado la reflexión por la noticia (Bourdieu, 1997). De esta manera el periodista no logra buscar la objetividad, sino el beneficio más grande que se manifiestan en teleaudiencias, dejando a las personas solo una idea vaga y ambigua de lo que sucede; a esto se le agrega que al periodista que se interesa por una prensa libre de presiones burocráticas, se le presentan dos opciones: una, que si se resiste al estilo y modalidad imperantes, se le aislará; y la segunda, que si hace lo que las directivas piden, puede escalar rápidamente y obtener éxito (Bourdieu, 1997). Es bastante complicado que un periodista obtenga renombre realizando una labor honesta y a conciencia, por lo que siempre recurrirá a adaptarse al medio en el que se encuentra.

## 2.5 Efectos de los miedos de comunicación, en la opinión pública

Falta de libertad y dependencia a la hora de recibir información; si a más televidentes llega la información, más se tendrá que homogenizar ésta, en el sentido que se debe evitar, a toda costa, entrar a polemizar; lo que se hace es homogenizar a la teleaudiencia, a una sola forma de ver las circunstancias que los rodean (Bourdieu, 1997). Si se evita polemizar, debido a las diferencias de las personas; deberá pensarse en aquello que agrade a todos, para que todos lean o vean la información que se les quiere brindar.

Para Bourdieu (1997) el papel que pasan a ejercer los periodistas es el siguiente:

Nuestros presentadores de telediarios, nuestros moderadores de debates, nuestros comentaristas deportivos, se han convertido, sin tener que esforzarse demasiado, en solapados directores espirituales, portavoces de una moral típicamente pequeño-burguesa, que dicen <<lo que hay que pensar>> de lo que ellos llaman <<problemas de la sociedad>>, la delincuencia en los barrios periféricos o la violencia en la escuela (p. 66, 67).

Bajo esta privación excesiva y monopolizada sobre la información, que es realmente conocida por el público, se genera un ideal colectivo frente a quién es amigo o enemigo, o a quien debemos temer y a quien debemos respetar, hecho que crea un hábito en las personas que acceden a estos medios comunicativos y que, además, solo beneficia a determinados sectores que gozan con la implantación de ciertos pensamientos del consenso público.

## 3. CONDUCTORES EBRIOS, CASO COLOMBIANO (INFLUENCIA DE LA COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE ENEMIGOS)

En Colombia se ha generado la necesidad del estudio de las circunstancias que se mueven alrededor de los conductores ebrios y su relevancia para el derecho penal. El cubrimiento, en los medios de comunicación, no ha sido el más imparcial y benéfico para la sociedad colombiana; se tilda a los conductores ebrios como “monstruos” que deben ser penalizados de una manera desproporcionada, utilizando argumentos, como el

vacío jurídico existente, por no penalizarse a quien conduzca embriagado; que se deben aumentar las penas e, incluso, crear un tipo penal especial para esta circunstancia. Es un claro ejemplo de cómo el derecho penal del enemigo llega a las personas del común y es tomado como algo bueno y legítimo. El Estado y las élites, con sus medios de comunicación, que lo controlan todo, quedan satisfechas, por la opinión pública que crean.

La evidencia de lo expuesto, se presentará a continuación; se toman en cuenta, algunas de las noticias más importantes, para el año 2013, especialmente al caso del joven llamado Fabián Andrés Salamanca, quien ha sido estigmatizado a más no poder por los medios de comunicación. Este análisis no escapa a la realidad del derecho; por ello, es importante reseñar la existencia de un pronunciamiento relevante por la Corte Suprema de Justicia, para el año 2010, en la que se observa cómo estas instituciones subsumen al derecho penal del enemigo, realizando interpretaciones draconianas, es decir, tomando decisiones que violenta el principio de proporcionalidad penal, en aras de complacer a la opinión pública.

### **3.1 Noticias más relevantes de conductores en estado de embriaguez, de Febrero del 2013 al 22 de agosto de 2013**

Este último año, en particular, se ha prestado una especial atención al tema por parte de los medios de comunicación que dan gran protagonismo a las conductas punibles perpetradas por conductores ebrios; se toma como referencia al periódico EL TIEMPO de Colombia, que es uno de los periódicos de mayor circulación en el país. Es importante reflexionar sobre los títulos de algunos artículos que se traen a colación, desde Febrero a agosto de 2013.

A continuación se referencian los títulos y fechas del trato mediático a los conductores ebrios:

- Miércoles 6 de febrero de 2013, La mezcla de alcohol con bebidas dietéticas eleva los niveles de alcoholemia.
- Miércoles 15 de mayo de 2013, Otra muerte insólita por cuenta de conductor en estado de embriaguez.
- Sábado 13 de julio de 2013, Conductor de choque en la 26, tenía grado 3, tras prueba de alcoholemia.
- Domingo 14 de julio de 2013, En Bogotá, cada 43 minutos sorprenden a un conductor embriagado.
- Lunes 15 de julio de 2013, Este año se han suspendido 5.833 pases de conductores borrachos.
- Martes 16 de julio de 2013, Estrés que tiene conductor vinculado a accidente, puede durar 2 semanas.
- Martes 16 de julio de 2013, Ebrio que ocasionó muerte de dos mujeres, seguirá internado por estrés.
- Martes 16 de julio de 2013, Familias de víctimas de conductor ebrio, piden que haya transparencia.
- Jueves 18 de julio de 2013, Primer examen a conductor ebrio que causó accidente, no reflejó estrés.
- Jueves 18 de julio de 2013, Conductor borracho reincidente, arrolló a padre e hija en Bogotá.
- Viernes 19 de julio de 2013, Joven que arrolló a papá e hija, había sido sorprendido ebrio dos veces.
- Viernes 19 de julio de 2013, “Mi hijo va a responder, no se va a escapar”: madre de conductor ebrio.
- Sábado 20 de julio de 2013, Cali preocupa a la Policía, en materia de conductores ebrios.
- Sábado 20 de julio de 2013, Las víctimas que han dejado los conductores ebrios.
- Sábado 20 de julio de 2013, Conductores ebrios, matan ocho personas por semana.
- Domingo 21 de julio de 2013, Proyecto plantea quitarle el carro, a quien maneje ebrio.
- Viernes 26 de julio de 2013, Alcaldía de Bogotá pide endurecer penas contra conductores borrachos.
- Viernes 26 de julio de 2013, Próxima semana realizarán imputación de cargos contra conductor ebrio.
- Sábado 27 de julio de 2013, Nueva víctima mortal por conductor que había ingerido alcohol.
- Sábado 27 de julio de 2013, Las confesiones de un bebedor social al volante.
- Domingo 28 de julio de 2013, Envían a La Modelo a conductor ebrio que causó muerte de peatón.
- Domingo 28 de julio de 2013, Fiscalía pide 17 años y 4 meses de prisión para conductor ebrio.
- Domingo 28 de julio de 2013, Piden castigo ejemplar para ebrios al volante
- Martes 30 de julio de 2013, No sé si pueda volver a caminar!: taxista del caso Salamanca, conductor ebrio.

- Martes 30 de julio de 2013, Juez no ordena detención de Salamanca, quien arrolló a dos ingenieras, conduciendo ebrio.
- Miércoles 31 de julio de 2013, Fabio Salamanca sí es un peligro para la sociedad: Fiscalía
- Miércoles 31 de julio de 2013, Controversia por libertad de conductor borracho que mató a dos mujeres.
- Miércoles 31 de julio de 2013, Judicatura investigará a jueza que dejó en libertad a Salamanca.
- Jueves 1 de agosto de 2013, Se intensifica debate por libertad de conductor ebrio que mató a dos mujeres.
- Jueves 1 de agosto de 2013, El plan que estudia el Gobierno para los conductores borrachos.
- Jueves 1 de agosto de 2013, ¿En qué van las indemnizaciones del caso Salamanca?.
- Viernes 2 de agosto de 2013, De esta manera reacciona un conductor en estado de embriaguez.
- Viernes 2 de agosto de 2013, Habría política pública para casos sobre conductores ebrios.
- Sábado 3 de agosto de 2013, Solución a ebrios al volante, no es solo penal': Fiscal.
- Domingo 4 de agosto de 2013, Policía multó a 312 conductores ebrios, este fin de semana.
- Lunes 5 de agosto de 2013, Familia de taxista y Salamanca no han alcanzado acuerdos económicos.
- Lunes 5 de agosto de 2013, Conductora tomada que arrolló a motociclista, tenía licencia suspendida.
- Lunes 5 de agosto de 2013, Senador Roy Barreras choca con el Fiscal, por ebrios al volante.
- Lunes 5 de agosto de 2013, Borracho al volante, arrolla y mata a un niño en Neiva.
- Lunes 5 de agosto de 2013, Menor fue sorprendido cuando conducía ebrio, en compañía de sus padres.
- Martes 6 de agosto de 2013, Imponen detención domiciliaria a conductora en ebriedad, que arrolló motociclista.
- Martes 6 de agosto de 2013, Detención domiciliaria a conductora ebria que arrolló a motociclista.
- Viernes 9 de agosto de 2013, Conducir ebrio debe ser delito': congresista abanderada de la causa.
- Viernes 9 de agosto de 2013, Conductor ebrio atropelló a motociclistas e intentó agredir a heridos.
- Domingo 11 de agosto de 2013, Detenidos 1.323 ebrios al volante.
- Martes 13 de agosto de 2013, Suspenden licencia de Fabio Salamanca por 10 años.
- Martes 13 de agosto de 2013, Conductor ebrio ocasiona accidente en vía La Calera.
- Miércoles 14 de agosto de 2013, Rifirrafe en el Congreso por convertir el conducir ebrio en un delito
- Sábado 17 de agosto de 2013, Una cuestión de vida o muerte.
- Sábado 17 de agosto de 2013, Expertos analizan por qué los conductores borrachos no aprenden.
- Domingo 18 de agosto de 2013, 'Pa'qué, me tomé dos cervezas', dice conductor que mató dos ciclistas.
- Lunes 19 de agosto de 2013, A la cárcel, conductor borracho que mató a dos ciclistas en Santander.
- Miércoles 21 de agosto de 2013, ¿Por qué conducir borracho, no va a ser delito? / Análisis.
- Miércoles 21 de agosto de 2013, Fabio Salamanca deberá comparecer ante juez para legalizar captura.
- Jueves 22 de agosto de 2013, Fabio Salamanca ya está en la cárcel La Picota.
- Jueves 22 de agosto de 2013, Salamanca compartirá patio con funcionarios sindicados de corrupción.
- Jueves 22 de agosto de 2013, Nueva víctima en Bucaramanga, por conductores ebrios.
- Lunes 26 de agosto de 2013, 12 heridos en accidente de tránsito provocado por un conductor ebrio.

En estos títulos de las noticias sobre conductores ebrios se ven manifiestas las políticas del derecho penal del enemigo, puesto que el sentido se establece siempre de manera implícita que existe un peligro y que, por tanto, se debe temer a los conductores ebrios, estigmatizándolos para crear temor; así puede justificarse, ante la opinión pública, que el Estado mediante sus instituciones realice actos que violentan el principio de proporcionalidad penal, a la hora de fallar un caso de esta índole; también se justifica la creación nuevos tipos penales que castigan meros actos preparatorios. De esto sacan provecho muchos políticos oportunistas, mostrando solidaridad con los sentimientos de las personas, para ganar réditos políticos.

Un elemento importante a analizar es el caso del joven Fabián Andrés Salamanca, quien conduciendo en estado de embriaguez, ocasiono la muerte a dos mujeres y lesiones personales a un conductor de taxi en la ciudad de Bogotá; sobre esta noticia, se dedica alrededor de un 35% de la franja noticiaría del periódico EL TIEMPO; se resume, lo sucedido, de la siguiente manera:

Joven bogotano, procesado por los delitos de homicidio en calidad de dolo eventual y lesiones personales, por haber manejado en estado de embriaguez (grado 3) y haber arrollado un taxi a alta velocidad por la calle 26 con carrera 30. En el accidente de tránsito, ocurrido el 12 de julio del 2013, murieron dos mujeres y el conductor del vehículo de servicio público quedó parapléjico (El Tiempo, 2013).

Este caso ha sido utilizado por los periodistas para crear odio y despertar toda una serie de reacciones alrededor de un acontecimiento que, no es el primero ni será el último; por particulares circunstancias, que son más llamativas al público, se eligió este, presionando a los funcionarios judiciales que llevan este caso para que se le diera una media preventiva de aseguramiento, consistente en detención, mientras se espera que avance el proceso y le dicten sentencia.

### **3.2 El dolo eventual y la teoría de la probabilidad, como fundamento del derecho penal del enemigo, para el aumento desproporcionado de penas**

A algunos de los conductores ebrios, que han causado la muerte o han lesionados a otras personas, se ha imputado dolo eventual; su fundamento, una jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en la cual se opta que, en estos casos, se debe imputar el dolo eventual y no la culpa con representación. Esta sentencia desarrolla la concepción de dolo eventual, definiéndolo de la siguiente manera: “Y es dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable” (Corte Suprema, 2010, p. 33) y sus elementos son:

El dolo está compuesto por los elementos cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se

va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo (Corte Suprema, 2010, p. 33).

Esta es la definición que tiene la doctrina mayoritaria sobre dolo eventual, como lo dice zaffaroni:

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento (o intelectual) y otro de voluntad (volitivo), toda vez que, para querer realizar, algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos (2005, p. 400).

Siguiendo la perspectiva de la Corte, se pasa a hacer la diferencia entre dolo eventual y culpa con representación, partiendo que ambas tienen la similitud de que el autor prevé que se puede gestar el resultado dañoso, lo cual lleva a que la diferencia se encuentra en el elemento volitivo, es decir, la actitud que toma el sujeto de aprobación o desaprobación, frente al resultado típico (Corte Suprema, 2010).

A renglón seguido, establece las dos teorías que históricamente han sido las que logran diferenciar al dolo eventual de la culpa con representación; estas son, la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación. Siendo la teoría de la voluntad la que hace observancia al elemento volitivo, explicando que “es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa, con representación, cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá.” (Corte Suprema, 2010, p. 34). Es un cambio, de la teoría probabilística,

Enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría, existe dolo eventual, cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción del daño. Y es culposa, cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota. (Corte Suprema, 2010, p. 35).

La teoría de la probabilidad consiste en qué tan probable se hace el resultado para quien se le representa la conducta, independiente si la acepta o no, como lo desarrolla la Corte Suprema:

Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar exactamente el grado de probabilidad que separa el dolo de la culpa, existe acuerdo en este sector; en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente, cuando la posibilidad de éste, reconocida por el autor, era muy lejana. (2010, p. 35).

Esto se puede decir de la siguiente manera: si el sujeto ve con una gran probabilidad la comisión de la conducta es dolo eventual; pero si el sujeto la ve como poco probable, será culpa con representación. Luego de aclarar la diferencia entre la culpa con representación y el dolo eventual, la Corte Suprema de Justicia (2010) entra a sustentar que en la legislación colombiana la teoría imperante, es la probabilística y no la de voluntad.

La Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación, al definir el dolo eventual en los siguientes términos: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal **ha sido prevista como probable** y su no producción se deja librada al azar” (p. 36).

Se sustenta que, en la actualidad, se debe manejar la teoría probabilística del dolo eventual, no castigando el resultado, ya que “lo que se sanciona es que el sujeto **prevea como probable la realización del tipo objetivo**, y no obstante ello, decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.” (Corte Suprema, 2010, p. 37). Teniendo dos elementos “(i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar” (p. 37).

La probabilidad se da en un sentido concreto, jamás en abstracto, siendo la situación de peligros seria e inmediata. Y por otro lado se configura el dolo eventual en la teoría probabilística al:

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su

acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera. (Corte Suprema, 2010, p. 38)

Por esto aclara, de nuevo, en qué momento se introduce la culpa con representación, “Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual” (Corte Suprema 2010, p. 38). Siendo esto así, existe una contradicción por el proceder de la Corte ya que, en un momento de la sentencia anotada anteriormente, al explicar la teoría probabilística, advierte que en la teoría de la probabilidad no se observa el elemento volitivo sino la simple probabilidad y que, de acuerdo a una gran probabilidad, se habla de dolo eventual; pero si es una probabilidad mínima, es culpa con representación; no obstante, enseguida afirma que si existe confianza en la evitación, es decir, un elemento volitivo que debe ser racional, se reafirma la representación, de lo cual se concluye que el discurso para mantener la teoría probabilística que sustenta la diferencia entre dolo eventual y culpa, es la probabilidad.

Y si se presentan dificultades, se suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido (Corte Suprema, 2010, p. 39).

En la misma sentencia se gestan dos salvamentos de voto, con fuertes objeciones, en cuanto al mantener como teoría imperante en la separación de la culpa con representación, la teoría probabilística; el primero, lo encabeza el magistrado ZIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ, quien esgrime una introducción de tipo sociológico sobre la problemática de los conductores ebrios y sus resultados dañosos:

Unos casos más que otros, siendo todos absurdos y lamentables, consiguen a veces conmover a la opinión pública, justamente cuando los medios de comunicación se ocupan

de ellos, como en efecto acaba de pasar con la tragedia acontecida en la noche del sábado 21 de agosto anterior en la Autopista Norte de Bogotá. (Corte Suprema, 2010, p. 83).

Esta introducción, es muy importante pues parte de la presión que ejercen los medios de comunicación sobre la opinión pública y los sentimientos que despiertan este tipo de actos:

Es en oportunidades así, en medio de la tristeza colectiva, cuando es más perceptible la mortificación social con la respuesta casi complaciente que el legislador ha diseñado para esas conductas de resultados tan dramáticos –constitutivas de homicidios y lesiones culposas—, traducida especialmente en penas de prisión mínimas y el derecho del causante a permanecer en libertad o privado de ella en su domicilio. La demanda amplificada por la prensa, en coyunturas así, es cárcel para los responsables y aumento de penas (Corte Suprema 2010, p. 83).

Al llegar a esta anotación se refleja que los medios producen un consenso en la opinión pública, legitimando al legislador para realizar aumentos punitivos y desproporcionados sobre ciertas conductas que producen repudio al sentimiento consensuado, que ha creado la prensa; esto es ruin, pero la gran mayoría de las personas se sienten satisfechas por las medidas draconianas, respecto de la política criminal del Estado. Por otro lado en este texto se refleja la presión que se siente al interior de esta institución frente a las exigencias de la opinión pública producida por los medios de comunicación, logrando que los órganos no sean independientes, y estén siempre a merced de aquellos que los medios imponen.

A esto añade que:

Las tragedias en calles y carreteras, a menudo, desatan en la sociedad sentimientos de ese tipo, acompañados del reclamo vehemente a la justicia penal para que **actúe prontamente y, en nombre de todos, reaccione con severidad por el mal causado**. Es una respuesta entendible de la comunidad, emotiva, desde luego, exteriorizada sin consideración a la ley y que convierte eventualmente al lugar de los hechos en un espacio donde el responsable del desastre

corre riesgo de ser agredido. Se trata, en otros términos, del “**clamor social**” aludido sin fortuna por la Fiscalía al expresar su teoría del caso, en apoyo de su pretensión de “una **condena ejemplarizante**” contra el acusado. (Corte Suprema, 2010, p. 89) (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Ese clamor social es la creencia que la única función de la pena es ser retributiva y vengativa, sin pensar en otros elementos que la acompañan; pero esta idea siempre es inducida por los medios de comunicación que logran crear consensos en las personas.

Y describe como es la situación actual del homicidio culposo en la legislación colombiana:

Actualmente, en síntesis, el homicidio culposo está sancionado con prisión de 2 años y 8 meses, hasta 9 años y multa entre 26.66 y 150 salarios mínimos legales mensuales y privación del derecho a conducir vehículos automotores de 4 años a 7 años y 6 meses. Y el agravado, por embriaguez, determinante de la ocurrencia del hecho causada por el consumo de licor o de otra sustancia productora de dependencia física o síquica, o por abandonar injustificadamente el lugar de comisión de la conducta, con prisión de 4 a 18 años, multa de 39.99 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos de 6 a 15 años (Corte Suprema 2010, p. 86).

Al referirse a los accidentes de tránsito por bebidas alcohólicas y otros factores que los producen, afirma:

Puede ser que el incremento del riesgo sea mayor en esos eventos, pero mientras eso corresponda al giro de la violación del deber objetivo de cuidado, la conducta debe tratarse como culposa (Corte Suprema 2010, p. 91).

Y sigue desarrollando su teoría del caso citando al Maestro Claus Roxín, quien dice, refiriéndose al conductor en estado de embriaguez:

Confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más

que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda, se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia (Corte Suprema 2010, p. 91).

Por ello se concluye que una imprudencia en un accidente de tránsito no podrá tenerse como dolo eventual, porque el conductor no contempla esa posibilidad de una manera cercana, ya que si fuese así pues no tomaría el volante ya que la primera víctima podría ser él.

Lo cierto es que en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 23 de código penal, referente a la culpa como modalidad del conducta punible tipifica que: "La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo". Aquí aparece la culpa con representación, y por ello se entiende totalmente que la teoría de la probabilidad como medio para distinguir la culpa con representación del dolo eventual esta efectivamente tipificada; por otro lado, no es coherente que los jueces de la república tomen sus decisiones en probabilidades que se le representan al conductor ebrio, ya que lograr pensar qué tan probable es para alguien un hecho, es una labor casi que imposible siendo esto contrario al *indubio pro reo* y la seguridad jurídica.

La teoría que se debe acoger en un Estado garantista es la teoría de la voluntad; ésta dirime, de manera más clara, la diferencia entre la culpa con representación y el dolo eventual; además que va conforme a principio de proporcionalidad; si se acoge la teoría de la probabilidad, se pena de la misma manera a un asesino que a un conductor ebrio; se está en presencia de una total desproporción de la pena, respecto del grado de culpabilidad; por ello, con la legislación actual, el juez debe ejercer una acción de excepción de inconstitucionalidad y manejar la teoría de la voluntad para estos casos por estar conforme a la constitución política Colombiana en sus artículos 12, 13 y 29, correspondientes a los derechos fundamentales, a la prohibición de penas crueles, derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso.

En la determinación de amigo y enemigo, en cuanto que estos anuncios en la mayoría de casos no utilizan los nombres de los implicados, sino que se les encasilla en la categoría de "borracho y/o ebrio", tildándolos de ser un verdadero peligro para la sociedad y moviendo los sentimientos de los ciudadanos al mostrar y exagerar la situación de las víctimas.

## CONCLUSIONES

1. Siempre han estado presentes, en las interacciones sociales y en el marco jurídico, elementos del derecho penal del enemigo; desde la inquisición se han impuesto penas desproporcionadas y se han castigado los actos preparatorios. Estos hechos no son desconocidos por el positivismo ni por las nuevas dinámicas económicas.

2. La población, por falta de su conocimiento del derecho, hace uso de los medios de comunicación como medio para la obtención de información fiel y verdadera; dichos medios son la herramienta general, para la divulgación de las políticas criminales; crean consensos para el establecimiento de enemigos comunes, pues, como señala Schmitt, cuando se presenta una posición a lo que se cree y lo que se quiere, se genera la certeza que tenemos un enemigo en común y se deben buscar estrategias de defensa contra enemigos, que son no para unos pocos, sino para toda la colectividad.

3. Para justificar y agrandar la imagen del enemigo, se manejan características especiales de éstos, ya sean de tinte ideológico, social o cultural, fisiológico o patológico entre otros, para generar miedo e inseguridad entre las personas; la producción de estos miedos genera violencia y segregación; con ello se legitima la creación de políticas represivas y no preventivas. La creación del enemigo, es utilizado, en muchas ocasiones, como elemento de ocultamiento de las acciones del Estado, contra sus propios ciudadanos.

4. Claro ejemplo de las herramientas utilizadas por el Estado para generar dichos enemigos comunes, están dadas en la aplicación de la dinámica de la teleología del periodismo radicado en la creación de consensos, hechos que llevan a los periodistas a someterse al sistema de ocultamiento de información para mantener el denominado "estatus"; con ello se crea un hábito

que no les permite darse cuenta de la violencia que está generando en la sociedad y, la formación impartida, les impide salirse de dichos derroteros.

5. La creación de consensos arraiga la posición del Estado, pues se busca una Democracia conveniente para los intereses personales; las grandes élites determinan lo que es permitido pensar o no, a través de los medios de comunicación; además, se consolidan siendo los propietarios de tales medios de comunicación, como ocurre en Colombia, con los canales de televisión y cadenas radiales RCN y CARACOL, que pertenecen a grandes multinacionales, entre las cuales se halla la industria cervecera.

6. Las instituciones jurídicas más importantes del Estado, como la Corte Suprema de Justicia, no escapan a estas tendencias populistas punitivas; la presión mediática de los medios de

comunicación, permean y limitan la objetividad y sindéresis de sus decisiones judiciales, coherente y proporcionadas; con ello se agrede el orden constitucional y transnacional, acordado en tratados internacionales de Derechos Humanos, respondiendo a consensos creados y a la presión comunicativa y no a un orden legal establecido para la protección y garantía de los mínimos esenciales de la población Colombiana.

7. En las muertes o lesiones ocurridas en accidentes de tránsito, cuando los conductores se hallan ebrios, los medios de comunicación estigmatizan e impiden una correcta administración de justicia, pues crean, para ellos, un derecho penal del enemigo, con la teoría de la probabilidad. En contra de este derecho penal del enemigo, es dicente el salvamento de voto de uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia estudiada<sup>2</sup>.

---

2. *“Las tragedias en calles y carreteras, a menudo, desatan en la sociedad sentimientos de odio y repugnancia, acompañados del reclamo vehemente a la justicia penal para que actúe prontamente y, en nombre de todos, reaccione con severidad por el mal causado. Es una respuesta entendible de la comunidad, emotiva, desde luego, exteriorizada sin consideración a la ley y que convierte eventualmente al lugar de los hechos en un espacio donde el responsable del desastre corre el riesgo de ser agredido. Se trata, en otros términos, del “clamor social”, aludido sin fortuna por la Fiscalía al expresar su teoría del caso, en apoyo de su pretensión de “una condena ejemplarizante” contra el acusado” (Corte Suprema, 2010, p. 89).*

## BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, A. (1886). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, (Introducción a la Sociología Jurídico Penal). Siglo Veintiuno Editores. México.
  - Beck, U. (2002). *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Editorial Siglo XXI España Editores S.A.
  - Berlín, I. (1983). *Conceptos y Categorías*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
  - Borinsky, Billone, Moradillo, Magone, López, Verdecchia, Magone. (2012). *El contexto de la lucha contra el terrorismo en el Estado de derecho y la aplicación del derecho penal del enemigo: estudio desde la teoría discursiva de Jürgen Habermas*. UMSA-Pro Diversitas- Red Iberoamericana de Cátedras UNESCO en Eco-Bioética.
  - Bourdieu, P. (1997). *Sobre la Televisión*. Barcelona: Anagrama, S.A.
  - Ferri, E. (1905) *Sociología Criminal*. Madrid: Centro Editorial de Gongora.
  - Foucault, M. (1974). *¿Crisis de un Modelo en la Medicina?* Revista Centroamericana De Ciencias de la Salud.
  - Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar, el Nacimiento de la Prisión*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.
  - Jakobs, J y Meliá, C. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.
  - Luts, R. (2008). *Ley y Orden, Dominación Mediante la Administración en el Siglo XIX*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S. A.
  - Roxin, C. (2010). *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
  - Schmitt, C. (1932). *El Concepto de lo Político*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S. A.
  - Shonsky, N. Ramonet, I. (2002). *Como nos Venden la Moto*. Barcelona: Icaria editorial, S.A.
  - Zaffaroni, R. (2005). *En Torno de la Cuestión Penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
  - Zaffaroni, R. Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Jurisprudencia**
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2005) Sentencia del 25 de agosto de 2010. M.P. José L. Bustos.
- Artículos**
- El Tiempo (s.f.). Recuperado de <http://www.eltiempo.com/noticias/conductores-borrachos>
  - El Tiempo (2013). Recuperado de <http://www.eltiempo.com/noticias/fabio-andres-salamanca>