

Derecho penal de enemistad. Aproximaciones críticas al debate*

The criminal law of the enemy. Critical approximations

**Yesid Echeverry Enciso
Jefferson Jaramillo Marín**

Resumen

El artículo parte de una reflexión teórica sobre la noción de enemigo como sujeto de regulación penal. Se trata de discutir, con base en algunos teóricos relevantes, hasta qué punto el “uso” de esta categoría en la práctica legislativa contribuye a discriminar a los sujetos penales en merecedores y no merecedores de garantías procedimentales y sustantivas, atendiendo a intereses distintos a una política criminal estructurada en la concepción de la dignidad humana. Se analizan algunas normas y la manera como dicha práctica se ha venido imponiendo en el derecho colombiano, vulnerando fundamentales principios constitucionales.

Palabras clave: derecho penal del enemigo, dignidad humana, garantismo penal.

Abstract

The article develops from the theoretical reflection on the concept of enemy as the subject of penal regulation. Based on some relevant theories, it is intended to discuss the extent to which the use of the category of enemy contributes to discriminate the penal subject between deserver and non deserver of procedural and substantive safeguards, considering interests that are different to those of a criminal policy that is structured on the conception of human dignity. Some norms and the implementation of the category of enemy in Colombian law are analyzed, when infringing essential constitutional principles.

Keywords: criminal law of the enemy, human dignity, criminal warranty.

• Fecha de recepción del artículo: 10-02-2011 • Fecha de aceptación: 25-03-2011.

YESID ECHEVERRY ENCISO. Abogado de la Universidad de San Buenaventura, seccional Cali. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Sociólogo y Magíster en Filosofía Política de la Universidad del Valle. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Miembro del grupo de investigación Precedente. Correo electrónico: yecheverry@icesi.edu.co.
JEFFERSON JARAMILLO MARÍN. Sociólogo y Magíster en Filosofía Política de la Universidad del Valle. Candidato a Doctor en Ciencias Sociales (FLACSO – México). Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Miembro del grupo de investigación *Política Social y Desarrollo*, de la Universidad Javeriana. Correo electrónico: jefferson.jaramillo@javeriana.edu.co.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación *El miedo como eximente de responsabilidad penal*, suscrito en la línea de investigación *Dogmática penal y criminología*, del grupo de investigación Precedente, de la Universidad Icesi (2009-2010).

Introducción

Tanto el derecho como la política constituyen desde tiempos clásicos, los imperativos racionales de la sociedad y los fundamentos legítimos de cohesión. Ambas dimensiones han sido preocupaciones filosóficas de varios pensadores hasta el día de hoy y un breve recorrido por la historia de las ideas políticas así lo refleja. Por ejemplo, el interés central de la obra de Thomas Hobbes es la descripción del uso del poder en manos del soberano, especialmente cuando ese poder se instrumentaliza jurídica y políticamente en función de la paz y la seguridad de los ciudadanos (1987). En Von Clausewitz se reconoce su visión de la política como dispositivo realista que permite la prolongación de la guerra por otros medios (1972). Max Weber también muestra inclinación por el asunto al considerar que el derecho es la manera más racional de legitimación del poder y de regulación de la violencia a través del Estado burocrático moderno (1977). A Carl Schmitt le interesa describir la naturaleza de lo político, en el enlace entre lo excepcional y lo normal, haciendo énfasis en el derecho como una forma de violencia regulada, matizada y legitimada a través del poder político del soberano (2002). El marxismo en su versión althusseriana se preocupa por el tema en cuestión, específicamente en la descripción de cómo devienen la política y el derecho en aparatos ideológicos de dominación de una clase social sobre otra (1975). No será extraña la discusión para John Rawls, quien de alguna manera asume que el derecho y la política son dispositivos necesarios para lograr la cooperación social y la distribución de cargas y beneficios para los miembros de una sociedad (1997). Recientemente, el debate cobra sentido en la obra de Jacques Rancière, para quien lo político es el encuentro entre la coerción (la policía) y la búsqueda de emancipación (la igualdad) (2006).

Ahora bien, a lo largo de la historia del pensamiento, la relación dinámica entre derecho y poder, lejos de producir consenso, ha generado acalorados debates, especialmente en el momen-

to de decidir cuál debe primar o que dimensión debe quedar subordinada. Para algunos, el poder político se manifiesta a través del derecho, y el cual, en ciertas oportunidades, no es más que la extensión práctica de los tentáculos normativos. Para otros, la política no se puede subordinar al poder normativo, debe ante todo mantener su autonomía descriptiva. No es nuestro propósito esclarecer y dar por terminada una disputa clásica y siempre latente sobre qué está primero o qué es más relevante. Es claro, al menos para nosotros, retomando las palabras de Múnera (2008: 13) que “(...) lo jurídico tiende a normalizar lo político, a establecer un orden socialmente reglado para su desarrollo, al tiempo que lo político le da fundamento a lo jurídico, al constituirlo desde la esfera del poder y de sus conflictos, contradicciones y consensos parciales”. Sin embargo, sí queremos hacer notar en este artículo que en las últimas décadas se ha venido suscitando de manera más radical (aunque no nueva en la historia) un cambio de perspectiva del derecho: no es sólo una herramienta de ordenamiento racional del conflicto, sino que está al servicio de un tipo de política que clasifica y discrimina a los ciudadanos en amigos y enemigos del Estado, reconociendo en los primeros unas garantías y prerrogativas propias del Estado de Derecho y negándolas a quienes son distinguidos como “enemigos del régimen”. En ese orden de ideas, este artículo se pregunta cuán legítima es la pretensión y la búsqueda, en nuestro medio, de un derecho instrumentalizado políticamente¹ para lograr la eficacia normativa ante el crimen interno o externo; y por extensión, cuáles son las consecuencias para las personas y para ciertos sistemas jurídicos y políticos, de que el poder político haga un uso pragmático del derecho. Estos interrogantes surgen, no obstante, en el marco de un debate más o menos contemporáneo en el ámbito jurídico, alimentado por defensores y detractores en las últimas décadas, que ha trascendido las fronteras de su formulación: el denominado *derecho penal del enemigo*. Aunque, como se verá más adelante en este derecho la

1. Como han mostrado de forma pertinente Sandoval y Abello (2006) “gran parte de la doctrina penal contemporánea, pese a las diferencias que se hallan entre los distintos autores, no dudan del papel instrumental del derecho penal para controlar las conductas de los individuos, como expresión del control social formal que ejerce el Estado a través de las máximas limitaciones de derechos contempladas en los códigos Penales”. El problema estaría más allá de la instrumentalización, en las “maneras” como se pretende lograr y legitimar ciertos procederes de eficacia jurídica. El texto de Sandoval y Abello analiza al respecto un paneo interesante por Jakobs, Ambos, Baratta, Ferrajoli, Bustos Ramírez y Aponte, entre otros teóricos.

práctica antecede a su formulación teórica, como sucede en el caso colombiano.

La discusión sobre el *derecho penal de la enemistad* o *derecho penal del enemigo* se fundamenta en una consideración del derecho como un dispositivo de control eficiente que busca eliminar o neutralizar ciertos peligros sociales con el pretexto de lograr eficacia normativa y seguridad jurídica ante las diversas manifestaciones del crimen organizado: narcotráfico, terrorismo, secuestro u otras formas de ejercer la violencia contra las personas y sus comunidades. Este derecho básicamente recae sobre aquel que, según el procedimentalismo democrático liberal, ha dejado de ser ciudadano para convertirse en un enemigo público internacional o en un enemigo interno. El asunto es que este derecho en un contexto político internacional que tiene correlatos directos en los acontecimientos derivados del 11 de septiembre y en las torturas realizadas en los campos de Abu Ghraib y Guantánamo, revela los enormes riesgos de aparatos normativos que al ser vehiculizados por gobiernos democráticos y ejecutivos se transforman en aparatos de dominación y abuso de poder ya que en los sistemas democráticos se sobrepasa fácilmente los “umbrales”, de por sí bastante difíciles de establecer, de lo excepcional y lo normal entre los considerados enemigos públicos y los opositores políticos. Múltiples evidencias empíricas demuestran que bajo la égida de este tipo de derecho, y amparados en la lógica de globalizar la justicia democrática, se han vulnerado principios decantados por la dogmática penal nacional e internacional y especialmente derechos y garantías fundamentales de las personas naturales. Este tipo de derecho atenta contra la esencia del Estado de Derecho: las garantías procesales, elemento clave del derecho penal material (Muñoz, 2005: 171) y del derecho penal garantista (Sandoval y Abello, 2006).

En el concierto colombiano, y con especial ahínco en la segunda mitad del siglo XX, la injerencia del poder político ha sido recurrente

en el proceso de tipificación o descripción de las conductas punibles. De todas formas, aquí pueden evidenciarse fluctuaciones históricas que no deben pasarse de largo fácilmente. Durante décadas el poder ejecutivo utilizó y normalizó la figura del estado de sitio, amparada en el artículo 121 de la Constitución de 1886². Con la Constitución de 1991 dicho recurso cayó progresivamente en desuso, al punto que, como reconoce Orozco (2009: 3), “(...) dejó de ser el mecanismo de soberanía mediante el cual se definieron y regularon las fronteras de lo delictivo y, con ello, también se definieron las enemistades, en situaciones de alta turbulencia política”. A lo largo de los años noventa la figura fue recuperada varias veces por algunos presidentes en coyunturas críticas. Recientemente, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez ha utilizado la figura de los estados de excepción para conjurar el paro de la rama judicial y atender la crisis del sector salud. Lo interesante es que pese a que esta figura ha entrado posiblemente en transformación o en decadencia (Orozco, 2009), el poder político desde hace ya un buen tiempo ha tenido una injerencia permanente en lo penal. Se ha dedicado a legislar y a elaborar los diferentes tipos penales de acuerdo con el programa de gobierno y los intereses defendidos por el gobernante de turno. Aquí el problema no se relaciona tanto con la participación del ejecutivo en la actividad legislativa sino el desconocimiento paulatino y sistemático de una serie de derechos y garantías constitucionales. Más aun, desconociendo principios inviolables que el mundo moderno ha decantado y reconocido a todo sujeto, como inherentes a la condición humana. En este sentido, el profesor Brandariz García afirma que en un “(...) contexto de guerra permanente, de conformación de un espacio de soberanía, de control y de conflictos globales, y de creciente indiferenciación de los pares criminal-enemigo, surge en diversos países la plasmación normativa de la nueva cultura de la excepcionalidad penal” (Brandariz, 2007: 212). Y, por supuesto, Colombia no es la excepción a este movimiento expansionista del derecho penal que discrimina

2. Uno de estos períodos de turbulencia fue el de la Violencia que se vivió en el país entre 1946-1964. Para una caracterización de este período se recomienda el texto de Palacios (2003). Amparados en este artículo 121, la Junta Militar que daría paso al Frente Nacional, dictó en 1958 las denominadas “medidas de extrañamiento” para “devolver” a la vida civil a todos aquellos “elementos” por fuera de la ley (los denominados bandoleros para la época). Estas medidas tenían el carácter de “emergencia” e iban desde la prohibición a ciertas personas de residir en algunos lugares y portar armas hasta ofrecerles o prometerles dinero para abandonar las armas (Cfr. *El Espectador*, octubre 8 de 1958). Para una ampliación del tema se puede consultar el reciente libro de Cote (2010).



y restringe los derechos fundamentales de los individuos considerados como enemigos del régimen.

Con el propósito de tener insumos analíticos para esclarecer o al menos examinar con más detalle las tensiones y dinámicas entre poder y derecho y, por extensión, propiciar la discusión sobre el denominado *derecho penal del enemigo*, queremos en este artículo esbozar algunos de los postulados teóricos que alimentan esta noción y revelar sus aspectos críticos y las fragilidades y potenciales peligros que acarrea su concepción y aplicación en nuestro medio. Para las cuestiones complejas de la discusión, acudimos a ciertos autores que han abordado la temática desde hace algunos años, sea para refrendarla o para confrontarla; por ejemplo, los juristas Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Alexander Baratta y Jesús María Silva Sánchez, o el sociólogo

Hauke Brunkhorst, entre otros. En su desarrollo también se mencionan ciertas posturas filosóficas clásicas de Hobbes, Kant, Carl Schmitt y Giorgio Agamben³, quienes explícita o implícitamente contribuyen a fundamentar esta noción o a generar quiebres conceptuales. Pero más allá de la discusión teórica, que por supuesto no se agota en este artículo, nuestro principal derrotero es rastrear también la manifestación de este tipo de derecho en Colombia en el transcurso de la historia, a través de un rápido recorrido legislativo sobre el mismo y las reacciones políticas y jurídicas que ha suscitado, especialmente en las altas Cortes y algunos tratadistas nacionales. Para esta parte reconocemos nuestra deuda con los planteamientos de Alejandro Aponte Cardona, uno de los juristas que más han contribuido a esclarecer el tema en el país.

Aproximaciones conceptuales, antecedentes intelectuales y desarrollos contemporáneos del derecho penal del enemigo

El *derecho penal del enemigo* hace parte de una reformulación a escala global de las normas jurídico-penales convencionales cuyo principal propósito es más político que jurídico. Algunos consideran que esto corresponde a un proceso de expansión y globalización del derecho penal (Cancio Meliá, 2003; Silva Sánchez, 2001; Brandariz García, 2007; Muñoz Conde, 2005; Sandoval y Abello, 2006). En principio, este tipo de derecho supone que no se puede tratar en calidad de ciudadanos a sujetos que han violado los pactos de la convivencia democrática el cometer delitos de “gran impacto social”; por tanto, se les pueden suspender por razones de Estado sus derechos y garantías procesales a través de procedimientos normativos de excepción, cuyos alcances jurídicos y políticos son diferentes a los de la justicia ordinaria. Siguiendo a Jakobs, uno de sus principales promotores –autor sobre el cual volveremos más adelante– los antecedentes históricos de este tipo de derecho nos llevan hasta los clásicos del contrato social y sus instituciones: Hobbes, Rousseau y Kant.

3. La reflexión sobre el *derecho penal del enemigo* no se agota en estos autores, implica postulados divergentes y convergentes presentes en Jeremías Bentham, Benjamín Franklin, Søren Kierkegaard, Michel Foucault y Niklas Luhmann, entre otros.

En el primero es claro, al menos en el *Leviatán* (1651), que los súbditos celebran no sólo un pacto de unión con el soberano, sino un pacto de sumisión que les garantiza la protección y la paz en su territorio a cambio de obediencia y de no perturbar la auto-organización del Estado (Jakobs, 2003:29). Sin embargo, cuando el súbdito se rebela contra el poder instituido, comete alta traición y, por ende, al fracturar los pactos de unión y de sumisión recae en una situación de estado de naturaleza. Y aquellos que incurrir en este delito límite –porque al menos los reos comunes siguen manteniendo sus derechos como ciudadanos– ya no son castigados como súbditos sino como enemigos. En este sentido, el argumento hobbesiano es más o menos el siguiente: al súbdito que acepta la obediencia se protege jurídica y políticamente, al enemigo que la rechaza o la vulnera se le persigue con todo el rigor. Posición similar se encuentra en Rousseau, para quien el criminal “(...) al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable es menos como ciudadano que como enemigo” (1998: 34). Ahora bien, según Brunkhorts, desde la óptica del descarnado realismo político hobbesiano es claro que “(...) el derecho se subordina a la finalidad primaria de asegurar la paz y por ello también, y bajo ciertas circunstancias, admitir [ciertos mecanismos extrajudiciales] como la tortura, que sirvan para garantizarla y autoconservar el Estado” (2007: 38). Así las cosas, el individuo sobre el cual se aplica este derecho “(...) existe jurídicamente sólo como un individuo desposeído de derechos en un estado natural (...). Por eso al Estado no se le permite tratarlo más como persona” (Brunkhorst, 2007: 39).

Kant, al igual que Hobbes, también es un defensor del contrato social y de las instituciones⁴. Desde su perspectiva cualquier ser humano o pueblo que se encuentre en un estado de naturaleza y, llegado el caso, contribuya con ello a privar a otros de su seguridad y lesionarlos, así sea de forma indirecta o directa, especialmente a los que se encuentran dentro del pacto social, se hace merecedor de ser etiquetado como una amenaza, como un peligro. Con ese individuo sólo hay dos caminos: se le puede obligar a entrar en un estado comunitario-legal o a abandonar la custodia de la seguridad que proporciona la sociedad, y en este caso, no se le debería tratar como persona, un fin en sí mismo; más bien, se le podría considerar un enemigo (Jakobs, 2003: 31). Por consiguiente, según Jakobs, “Hobbes y Kant reconocen un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio, y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio” (2003: 32)⁵.

De otra parte, es necesario resaltar que los mismos presupuestos conceptuales que dan origen al contrato social, son ciertamente los que permiten dar a todos los súbditos un trato igualitario en virtud de la convención, pues existen suficientes argumentos, por lo menos en Rousseau y Kant, para descartar cierto tipo de discriminaciones o de tratos preferenciales. El reino de los fines en Kant obliga a considerar los fines del otro como si fuesen los míos, y Rousseau descarta la pena de muerte con la consideración de que nadie suscribiría una convención que otorga poder al otro o al Estado para acabar con la propia vida. Luego, los autores sobre los que se funda, en principio, una apuesta al *derecho penal de enemistad*, también pueden ser leídos como sus principales objetores. Recordemos que hay quienes han querido ver a Kant y a Rousseau como unos teóricos que contribuyen a cimentar el autoritarismo y el denominado terror de la virtud.

4. Aunque a diferencia de Hobbes, en Kant el contrato es concebido menos como un imperativo hipotético (un medio para alcanzar un fin) y más como un imperativo categórico (un fin moral en sí mismo). En ese sentido, el contrato es un “ideal de legislación” para garantizar la convivencia, limitar al gobierno en sus funciones y sobre todo alcanzar la justicia pública. Para una revisión más exhaustiva del tema se recomienda *Metafísica de las costumbres* (1993) y *En torno al tópico “tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”* (1986). También hay una buena síntesis del asunto en Jaramillo (2004).
5. Según Jakobs, otros autores como Rousseau y Locke, extreman las medidas frente al delincuente, considerándolo siempre un enemigo. Sólo Hobbes y Kant, introducen una diferenciación importante para el destinatario de expectativa normativa, entre aquel que persiste en el delito por principio, de aquel que no lo hace (Jakobs, 2003: 55). Si quisiéramos irnos más atrás en el tiempo, nos encontraríamos con que los sofistas insisten en que al incapaz de participar del honor y la justicia como virtudes sociales hay que expulsarlo de la ciudad. En el Medioevo se consideraba al delincuente como carente de dignidad y el Estado podía disponer de su vida.

Más allá del realismo político hobbesiano y del idealismo moderado kantiano o roussonian (o radical, según se haga la lectura), el *derecho penal del enemigo* encuentra una mayor fundamentación teórica en la obra de Carl Schmitt, principalmente en *El concepto de lo político*⁶. Según este filósofo, la esencia de todo Estado está en su capacidad para asumir decisiones fundamentales, las cuales dotan a esta institución de una identidad clara y precisa frente a otras, pues sólo en la excepcionalidad una comunidad política muestra su capacidad de acción al tomar la decisión fundamental que conlleva las estrategias para su supervivencia, y esa decisión representa la más pura manifestación de la acción política (2002: 14). Desde su óptica decisionista⁷, la capacidad para ser políticamente efectivo –no necesariamente correcto– ya sea en los estados de excepcionalidad o de normalidad, ya sea para declarar la guerra o definir quién es el enemigo o quién es el amigo; se personifica en las decisiones del soberano, quien a su vez configura el orden necesario y suficiente para la aplicación de la norma jurídica. Desde esta visión, la autoridad estatal es un requisito previo a toda posibilidad de vigencia del derecho. Pero, a su vez, tanto la autoridad política como el derecho, presuponen lo político⁸. En esta dimensión esencial se encuentra el entronque con el *derecho penal del enemigo*.

La posición de Schmitt frente a la toma de decisiones parece estar acorde con un régimen totalitarista. ¿Qué pasa, entonces, en las democracias? Frente al caso concreto de las democracias, las decisiones, en principio, son tomadas por una pluralidad de individuos que actúan como órgano de representación del pueblo. Aun así se disuelve la idea de lo político como manifestación del poder en la toma de decisiones de un grupo particular que impone

su voluntad al resto de los asociados, puesto que todos deberían participar, ya sea directamente o por representación, en la toma de la decisión, en condición de igualdad. Sin embargo, la democracia como forma de gobierno no sólo se rige por el principio procedimental de las mayorías; en ella subyace un principio sustantivo que involucra la igualdad como criterio unificador y guía de la decisión fundamental, no de cualquier decisión. Y esa homogeneidad resultante de la igualdad lleva consigo la posibilidad de la imposición del criterio de las mayorías sobre parte del pueblo. Por esta vía la democracia queda excluida de la capacidad de decisión o soberanía. De allí que la democracia, en términos schmittianos, no sea del todo compatible con el pluralismo, pues en última instancia, a pesar del halo participativo, siempre hay alguien que decide, alguien que ostenta el poder político y se impone sobre los otros. En ese orden de ideas, el derecho viene dado y a favor de aquel que exhibe el poder político.

Así, según Schmitt, “(...) la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio (...) es desde luego una distinción autónoma” (Schmitt, 2002: 56). La determinación de lo político por un criterio mínimo de amigo-enemigo permite diferenciar este ámbito de otras esferas de la vida social, como pueden ser la moral, la economía, las dimensiones estética o psicológica, entre otras. Este criterio límite permite establecer la intensidad con que alguien se adhiere o se separa del régimen, en una rotunda declaración de realismo político. Pero ¿quién es el enemigo

6. De todas formas, no es la única obra donde podemos encontrar claves sobre el tema. Benavides (2007) señala de manera pertinente que, desde sus primeros escritos sobre *La dictadura* hasta *La teoría del Partisano*, en Carl Schmitt nos topamos con tres elementos transversales en su propuesta teórica como son los de excepción, decisión y orden concreto. En nuestro caso, estos elementos están en la base de la fundamentación teórica del *derecho penal del enemigo*. Sin embargo, su comprensión detallada, más allá de la simple mención que realicemos aquí, ameritaría un espacio mayor del que disponemos en este artículo.
7. La perspectiva decisionista proviene de la influencia de la obra de Joseph de Maistre, en particular su crítica a la tendencia liberal de conjurar los problemas del Estado mediante el diálogo y no mediante decisiones efectivas (Benavides, 2008).
8. En Schmitt es claro que lo político es anterior al Estado. Recordemos la famosa sentencia: “(...) mi primer axioma dice: el concepto de Estado presupone el de lo político” (2002: 43). Así, lo político encarna un orden, una condición de cosas relativamente organizada, estable y regulada. Lo jurídico en cambio, tiene cabida cuando lo político ha logrado concreción en el Estado (no cabe aplicar el derecho en un caos). El Estado materializa lo político y hace operativo, además del monopolio de la violencia, la efectividad de la norma.

desde la perspectiva de Schmitt? La respuesta aquí es concisa: “(...) es el *hostes*, el *enemigo público*⁹, que no necesita ser moralmente malo o estéticamente feo; que no necesita aparecer como un competidor económico y puede incluso ser ventajoso hacer negocios con él. Pero es, a pesar de todo, el otro, el extraño; y es suficiente por su naturaleza que él sea (...) existencialmente algo diferente y extraño, de modo que en el caso extremo sea posible tener conflictos con él” (2002: 59). Es claro, entonces, que Schmitt no reconoce cualquier tipo de enemistad, sino “(...) solo aquella que pueda convertirse en una enemistad política, o sea que alcance a ser beligerante” (Benavides, 2008: 76). Así las cosas, el enemigo público es una entidad construida y reconocida políticamente, pero también inventada socialmente bajo un régimen¹⁰. Si bien en su proceso de construcción e invención pueden intervenir valores morales e intereses subjetivos del soberano, lo más importante es cómo las más profundas raíces de la emotividad nacional pueden ser excitadas y movilizadas ideológicamente por el discurso y la práctica soberanas para identificar y combatir en la escena política a nombrados y etiquetados como los enemigos públicos. En este sentido, es importante destacar que la categoría de enemigo es una creación del soberano, es él quien señala y sentencia a los que no comparten sus modos y prototipos de acción política, construye delincuentes, separa de las garantías jurídicas brindadas a quienes considera como amigos y además posiciona narrativas de miedo¹¹ frente a estos.

De todas formas, para Schmitt el soberano representaría una especie de “(...) bestia durmiente que sólo aparece cuando hay un evento excepcional que necesita ser solucionado” (Benavides, 2008: 62). En ese sentido, el imperio de la decisión efectiva que recae sobre el soberano se realiza, la mayor parte del tiempo, en “situaciones normales jurídicas”. Pero el asunto deviene

problemático y paradójico, según la lectura de Giorgio Agamben (2003), cuando Schmitt parece suponer que “(...) el soberano está al mismo tiempo afuera y adentro del orden jurídico”. En esa medida, así como el soberano produce normalidad o está dentro de situaciones normales la mayor parte del tiempo, también en caso de situaciones críticas, por ejemplo, en circunstancias de pacificación o de guerra, es el único que decide acerca de la excepción (Schmitt, 2001). Se produce entonces una tensión entre el adentro y el afuera del derecho. El soberano se mueve entre los dos. Aun así, en estas situaciones límites en las cuales el orden concreto existente es amenazado con alterarse o fracturarse, se pone a prueba, de forma decisiva, el poder del soberano. El soberano en tanto defensor del orden concreto puede decidir a quién neutralizar y a quién no. Es sólo a él a quien le compete nombrar quién es ciudadano y quién es enemigo, y qué derecho se merece cada uno de ellos. Para ello, como ya sabemos, se puede valer de leyes especiales, ya sea de los poderes de emergencia (definidos por la Constitución) o del estado de excepción (definido por el soberano).

Sin embargo, es a todas luces contrario a la esencia misma del Estado de Derecho el que sea el soberano quien, a través de su poder político, conciba un derecho o unos presupuestos normativos contrarios a los principios generales del derecho, un conjunto de cánones expresamente orientados a desconocer derechos nacional e internacionalmente reconocidos a los ciudadanos, so pretexto de considerarlos enemigos del Estado, hecho que ocurre con base en la idea de la existencia de una autoridad política pre-jurídica, por llamarla de alguna manera, que subsiste a pesar de encontrarnos en el Estado de Derecho. Y es esta autoridad, según Schmitt, la que opera como precondition a la validez del derecho, puesto que “(...) no cabe aplicar derecho alguno a un caos. Es necesario que la realidad a la que se aplica la

9. El *hostes* es el *enemigo público*, el *inimicus* es el *enemigo privado*. Si el primero exige reconocimiento en la batalla política, al segundo se le persigue para destruirlo. Ahora bien, un Estado puede ser enemigo público de otro Estado, pero lo es en tanto *alter soberano*, una especie de *par beligerante*. En otras palabras, cada uno se acepta como enemigo ante las normas de derecho internacional, con su capacidad de hacer legítimamente también la guerra, en tanto persona artificial poseedora del *iusbellum*. Así, Schmitt le otorga al enemigo institucional un status, una posición, no lo ve como a un criminal. Sin embargo, dentro del Estado el soberano no reconoce iguales, por lo tanto, el oponente es tratado como un contrincante (*inimicus*) y por ello mismo debe ser destruido” (Benavides, 2007). Si el soberano reconociera la “igualdad del oponente” la guerra civil sería una guerra entre iguales, pero el soberano no admite enemigos o contrincantes dentro de su territorio, admite a sus amigos.

10. Tanto el “enemigo” como el “crimen” son creaciones sociales, definidas por relaciones sociales de poder. Este tema puede ser ampliado en Bustos (1987), Baratta (2004), Sandoval y Abello (2006).

11. Esto de las “narrativas del miedo” es desarrollado ampliamente por el sociólogo argentino Gabriel Kessler (2009).

norma esté previamente configurada de algún modo. Y ello lo lleva a postular la necesidad de una autoridad como requisito previo a esa posibilidad de la vigencia del derecho” (Schmitt, 2005: 21). Derecho que, como ya se dijo, termina favoreciendo los intereses del gobernante y no los de los gobernados, cual es el caso del *derecho penal de la enemistad*.

Ahora bien, Günther Jakobs es el jurista que ha realizado el mayor desarrollo teórico y los aportes más polémicos en torno a este tipo de derecho. De entrada reconoce que tanto el *derecho penal del ciudadano* como el *derecho penal del enemigo*, funcionan como dos tipos ideales que difícilmente aparecen en la realidad bajo una forma pura. Sin embargo, aunque resulten dos tipos ideales, es posible considerarlos “(...) dos tendencias que se superponen y solapan en un solo contexto jurídico-penal (...) además de ser legítimas [ambas]” (Jakobs, 2003: 21-22, 55). Estas afirmaciones no son nuevas, pues ya Edmund Mezger—citado por Muñoz Conde—se había pronunciado en igual sentido al advertir que en el futuro habría dos tipos de derecho: uno para la generalidad de las personas, esto es, aquellas que se adaptan con facilidad a los presupuestos y políticas de Estado; y, otro para un grupo minoritario de personas entre las cuales se encuentran los delincuentes con tendencia criminal permanente o las personalidades mórbidas, a quienes debería recluirse de manera indefinida (Muñoz, 2005: 170).

Para conceptualizar sobre los dos tipos de derecho, Jakobs se remonta hasta los filósofos de tradición contractualista, en este caso Hobbes y Kant, dado que no sólo fundamentan la legitimidad del Estado moderno en un contrato, sino que además permiten entender la naturaleza de las relaciones que los individuos establecen con el Estado y el campo jurídico. Así, aquellos que obedecen lo pactado son protegidos y respetados como ciudadanos, pero aquellos que lo infringen son considerados enemigos. Esto le sirve a Jakobs para formular una de sus afirmaciones más polémicas que reza así: “(...) el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras que el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluido el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros” (Jakobs, 2003: 33). Desde esa perspectiva, el

Estado no habla con sus ciudadanos sino amenaza a sus enemigos (1999). Pero el debate está en saber y precisar quién es el enemigo y el tipo de peligros a los que se combate, dado que los Estados, atendiendo a los intereses del momento, fabrican enemigos y crean peligros. El mismo Hobbes hablaba en *Leviatán* de la importancia del miedo como un recurso a la obediencia. Luego, se está en la condición de súbdito bajo la amenaza constante de ser declarado enemigo del Estado por los más disímiles motivos y, en consecuencia, de hacerse merecedor del peso normativo de un *derecho penal de enemigo* que desconoce las más elementales garantías y derechos a los miembros de la colectividad que disienten de las políticas impuestas por los regímenes hegemónicos. De allí que el mejor recurso para hacerse obedecer, cuando no se logra convencer a los gobernados de la bondad del régimen, es el miedo, pues los hombres entienden el miedo como una reacción ante peligros reales o imaginarios, miedo que puede ser magnificado, orientado y controlado por el Estado a partir de una amenaza que se presenta a través de las normas penales, es decir, por medio del llamado *derecho penal del enemigo* (Robin, 2004:68-69).

En el argumento de Jakobs subyace la idea de que sólo aquel que cumple con la “(...) garantía cognitiva mínima necesaria para el tratamiento como persona” (2003: 40), logra gozar de derechos de libertad, aun llegado el caso que cometa un delito. La ausencia de esta garantía es un indicador de que estamos frente a un *delincuente por predisposición*; es decir, un criminal profesional, un terrorista de oficio, un asesino en serie o un violador. En el primer caso, la persona que mediante su conducta ha infringido la norma y por ello es llamada delincuente no deja de ser ciudadano, y está “(...) llamada a equilibrar el daño en la vigencia de la norma” (2003: 36). En el otro caso, en el que “(...) la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona” (2003: 38). Para Jakobs, el Estado en estos casos puede proceder de dos modos con los delincuentes: “(...) puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir, mediante coacción, que destruyan el ordenamiento jurídico” (2002:

47). Lo que hace, según Jakobs, que el Estado actúe tan severamente de la segunda forma es la necesidad de una reacción efectiva “(...) frente al peligro que emana de una conducta reiteradamente contraria a la norma”, especialmente con aquel que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden.

El problema radica, entonces, no en la capacidad del Estado y de sus instituciones, no en la socialización de pautas de conducta o en la internalización de valores por los miembros de la comunidad, sino en la capacidad de estos de cumplir los postulados normativos y adherirse a la política de turno. Por tanto, el conflicto, visto desde la perspectiva del *derecho penal del enemigo*, y con una visión funcionalista, es un problema de no adherencia al Estado y de inconformidad manifiesta con él, problema que se debe erradicar tratando como hostil, enemigo o bárbaro al infractor, negándole cualquier forma de garantía jurídica¹². A contrapelo, en un Estado de Derecho, respetuoso de la dignidad humana, el individuo debe ser tratado como un fin en sí mismo, como alguien que al violar la norma es susceptible de ser reconducido y resocializado, con potencialidad de enmendar su acción a partir de un proceso pedagógico, de una sanción penal equilibrada, pero siempre reconociendo su estatus de persona, de sujeto de derecho, de miembro de una colectividad. Así, el conflicto en el Estado de Derecho, no es patologizado a partir de etiquetar al infractor como un hostil; más bien, se presume que hay fallas institucionales y que estas se distribuyen en los sistemas de formación y educación y en las redes básicas de socialización, las cuales no lograron cumplir con su papel básico de dotar de seguridad ontológica a los individuos.

De acuerdo con la argumentación jakobsiana, el *derecho penal del enemigo* implica un comportamiento desarrollado con base en reglas –en lugar de una conducta espontánea e impulsiva– para imponer cualquier pena. Así este pensador considera que este derecho bien aplicado resulta claramente delimitado y más o menos autónomo

y, por esto puede ser menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho (2002: 56). Además, las características esenciales de este derecho serían básicamente: a) una amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; b) la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; c) el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y, d) el socavamiento de garantías procesales (Jakobs, 2003; Silva, 2001). Finalmente, frente a las posibles réplicas de que con este derecho se pueden violar los derechos humanos, la posición de Jakobs es que hoy más que nunca, después del 11 de septiembre, queda claro que los derechos humanos se reconocen en un Estado de Derecho, pero se logran mantener vigentes, precisamente, mediante un tipo de herramienta jurídica como la que se propone (Jakobs, 2003:54-55). El problema es que de admitirse en toda su radicalidad este argumento estaríamos ante la decadencia del Estado de Derecho, ante un total distanciamiento de un derecho fundamentado en el principio de dignidad humana, que reconoce a todos los hombres como un fin en sí mismos por encima de la organización política; además, estaríamos frente a una falta de criterios que permitan diferenciar lo que es bueno de lo que no lo es, y garantizar que los individuos puedan elegir autónoma y racionalmente sus proyectos de vida. Al admitir el *derecho penal del enemigo*, estaríamos considerando que el individuo no sabe ni puede elegir lo que le conviene, que el Estado protector ha de decirle cuál es el camino a seguir y cómo hacerlo, limitando así sus libertades individuales.

Sea el caso aquí, con base en lo que se acaba de mencionar, recordar la posición crítica del jurista italiano Luigi Ferrajolli, quien ve el subjetivismo y el substancialismo como doctrinas con ciertos niveles de perversidad, con mayor porque priorizan el tipo de autor por encima del acto, donde lo importante es el estatus de la persona inculpada más que la acción y la ofensa al bien jurídico, y porque el derecho no tiene función regulatoria sino constitutiva de los presupuestos de la pena, pues se funda más

12. Una consecuencia de esta visión radical del funcionalismo jurídico es que una simple contradicción con la norma puede generar antijuridicidad. Para una ampliación del tema ver Baratta (2004), Velásquez (2005) y Sandoval y Abello (2006).

en las condiciones personales del autor que en las circunstancias fácticas de la acción criminal. Dado que se:

“(…) trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal. El caso límite es el de las leyes penales raciales, para las cuales la condición natural de las personas forma por sí sola el presupuesto de la pena. El mismo esquema viene reproducido por la persecución penal de los herejes y las brujas y, en tiempos modernos, por el modelo nazi del tipo normativo de autor, por el estalinista del enemigo del pueblo y por el positivista del delincuente nato o natural” (Ferrajoli, 1995:101).

El penalista español Jesús María Silva Sánchez (2001) se ha referido también al *derecho penal del enemigo*, al que considera una especie de tercera velocidad en el marco del ordenamiento jurídico-penal. La primera velocidad correspondería a un ordenamiento que impone penas privativas de libertad, pero se mantienen de modo estricto los principios político-criminales, es decir, un derecho represivo pero que respeta las garantías de los enjuiciados, como las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones para las cuales al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos. En otras palabras, se trata de un paso evolutivo, si se quiere, de un Estado represor a uno más conciliador, preocupado por la restitución del derecho y la restauración de las condiciones de la víctima. La tercera velocidad correspondería al *derecho penal del enemigo*, y en él coexistiría la imposición de penas privativas de la libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación en detrimento del enjuiciado (el sujeto a quien se aplica o se impone el derecho penal) y menoscabaría sus garantías procedimentales tanto en la imputación como en la defensa. Esta tripartición del derecho penal realizada por Silva Sánchez tiene una especial similitud, por lo menos en los dos primeros tipos de velocidad, a

la clasificación propuesta por Durkheim, a efectos de exponer las concepciones de solidaridad mecánica y orgánica, según las cuales el derecho penal correspondiente a la solidaridad mecánica es un derecho represivo, impositor de penas restrictivas de la libertad y castigos corporales propio de las “comunidades tradicionales”. A este derecho represivo se contraponen el derecho retributivo, caracterizado por la imposición de medidas o sanciones menos graves que tienden a superar los conflictos particulares desde una órbita individual y piensan más en la víctima que en la sociedad como receptora de la ofensa. Esta concepción del derecho retributivo se aplica en las sociedades industrializadas, con amplios márgenes de individualidad y marcadas por una solidaridad más orgánica (Durkheim, 1995: 83-173).

Para Feijoo Sánchez (2006) el *derecho penal del enemigo* también estaría caracterizado, en primer lugar, por un amplio adelantamiento de la intervención del derecho penal; es decir, por la punición de actos preparatorios o su consideración de delitos autónomos. Ejemplo de estos son los delitos de instigación, inducción, concertación, apología del crimen, entre otros. Una segunda característica estaría conformada por la ausencia de proporcionalidad entre el adelantamiento de la punición y la pena impuesta para el delito consumado; es decir, se aplicarían penas similares tanto para el delito consumado como para la criminalización de los estadios previos al mismo cuando adquieren la calidad de delitos autónomos. Por último, este jurista, hace referencia al *derecho penal del enemigo* como un modelo de derecho jurídico penal propio del Estado preventivo que legisla de manera proactiva para prevenir los peligros de la sociedad del riesgo¹³, tal y como la han concebido los sociólogos (Feijoo, 2006: 136,137).

Hasta aquí, quizá de forma muy sintética, podemos hablar de algunas de las características generales del denominado *derecho penal del enemigo*. No sobra decir, que ciertas legislaciones al adelantar el ámbito de protección penal, a actos preparatorios e incluso idearios, y amparados en la sospecha del enemigo público, terminan por

13. Para una ampliación del tema del riesgo en las sociedades contemporáneas se aconseja la lectura de Beck (1998) y Bauman (2003).

autorizar de tajo la intervención de las autoridades en los aspectos más íntimos de la persona, por ejemplo, sus comunicaciones, sus espacios vitales, laborales y, en general, biográficos, etiquetándolos como escenarios posibles del delito. De allí se ha derivado algo común en nuestro contexto nacional: el allanamiento sin orden judicial, la interceptación de comunicaciones, las detenciones administrativas con la excusa de confirmar identidad y antecedentes, la interferencia en el sitio de trabajo sin ningún argumento o presupuesto fáctico que lo justifique, y la obligación permanente de empadronamiento¹⁴.

Consideraciones problemáticas y peligros que acarrea el *derecho penal del enemigo*

De entrada es necesario reconocer que este tipo de derecho, por más novedad que reclame, en realidad es una especie de recuperación de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, considerados ya en el clásico derecho penal como los enemigos fundamentales del orden social. Así, el *derecho penal del enemigo* no es, por tanto, algo nuevo, sino, por el contrario, un derecho muy patente en el primer tercio del siglo XX (Silva, 2001: 165). Sin embargo, quizá lo novedoso, como aseguran el mismo Silva y Cancio Meliá (2003), es que se ha difundido en la escena global a la manera de una ola novedosa de expansión del derecho penal que intenta responder, siguiendo aquí a la sociología contemporánea, a riesgos globales difícilmente controlables, como la criminalidad organizada, especialmente el terrorismo global, que atentan contra la seguridad democrática de las naciones y del mundo en general, pues se parte del supuesto de que el terrorismo no reconoce fronteras, sus posibles víctimas no aparecen diferenciadas y su capacidad destructora es innegable. El asunto es que se abusa de la noción de riesgo venidero con un claro tinte ideológico, más aun con una clara impronta pro-democrática, que intenta combatir el mal radical con medidas antiliberales. Así, el miedo futuro e incierto, la simple probabilidad

del daño, la conjetura de lo que pueda llegar a ocurrir ocasionan que se legisle con base en supuestos amañados que, de ocurrir, pueden acabar con elementos estructurales de la organización social. Riesgo que es producto de una construcción social, una invención del intelecto humano para justificar reacciones frente a posibles acciones futuras. Además, el abuso del riesgo venidero no toma en cuenta que los fenómenos frente a los que reacciona este tipo de derecho, no tienen la connotación de especial peligrosidad terminal que se predica de ellos (Cancio Meliá, 2003: 95). Abusando de la teoría del riesgo y de la aparente peligrosidad del individuo catalogado como enemigo del régimen, se adelanta la punición de actos preparatorios, como los tipos de concierto para delinquir, apologías del delito, instigaciones y otras figuras denominadas por algunos tratadistas como delitos de mera conducta o de peligro. Baratta (2004), por su parte, entra a reforzar las críticas a este tipo de derecho, arguyendo que en un contexto de globalización del riesgo no es extraño que el *derecho penal del enemigo* transite de ser un instrumento límite protector de los individuos, a un instrumento de estabilización social.

De lo anterior se desprende una serie de deficiencias materiales y procesales que trae como consecuencia la aplicación de este tipo de derecho, tal y como ha señalado Cancio Meliá (2003). Por ejemplo, en la base de la tipificación penal no está sólo un determinado hecho punible, sino otros elementos que sirven a la caracterización del autor; en este caso el enemigo público, al cual se le etiqueta y nombra con base en criterios jurídicos, pero también morales y políticos elementos difícilmente controlables por el legislador y por el que juzga, esencialmente por su alta carga valorativa e ideológica. A esto se añade que se fusionan los subsistemas político, moral y jurídico y crean una complejidad adicional a parámetros que el Estado de Derecho creía haber superado. Pero ahí no para el asunto; mediante este tipo de derecho no sólo se tipifica una conducta penal sino que ciertos Estados y gobiernos, amparados en un

14. Bajo este sistema de biopoder, no resulta extraño que ciertas personas sean obligadas a informar a las autoridades cualquier cambio de domicilio, decir con quién se vive, desde cuándo, en dónde, cuáles son sus desplazamientos, qué se compra, con qué frecuencia, con quién se habla o cuáles son sus amistades.

escenario global de punitivismo y de uso cada vez mayor del recurso a la criminalización como único criterio político criminal (Cancio Meliá, 2002; 2003), encauzan la construcción social del enemigo y especialmente de aquellos que son nombrados y considerados por ciertos sistemas políticos como peligrosos para la sociedad. Sus concepciones y aplicaciones llevadas al extremo pueden desembocar en una instrumentalización de la condición humana del imputado. En otras palabras, se trata de la aplicación de un conjunto de normas expedidas al amparo de los procedimientos excepcionales, pero que generan discriminación o tratos desfavorables de los agentes perpetradores de las conductas definidas como delitos que atentan contra el orden público, la seguridad democrática, la moral social, la paz, el régimen constitucional y la pacificación, entre otros bienes jurídicos y sociales.

Un ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en los Estados Unidos como resultado de los ataques del 11 de septiembre de 2001, y que aparecen en la norma *Uniting and strengthening American by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism (usa patriotact) act of 2001*¹⁵ y en la *Military order of November 13, 2001 Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against terrorism*¹⁶. A la luz de la cual se brinda la posibilidad de detener, encarcelar y limitar el derecho de defensa de supuestos terroristas o enemigos de Estado; se ocultan pruebas a los abogados defensores y no se les permite acceder a audiencias especiales; de otra parte, se autoriza a tribunales militares juzgar a los prisioneros de terrorismo, se modifican los términos procedimentales y se permite la interceptación de comunicaciones sin orden judicial. Una clara manifestación del llamado *derecho penal del enemigo*.

Ahora bien, lo que preocupa aquí, siguiendo a Hernández (2008), es que si bien el derecho liberal se fundamenta clásicamente en la necesidad de poner límites al poder soberano en general, y particularmente en prohibirle disponer de la vida del otro, cuando el derecho se suspende porque no existen las llamadas por Jakobs garantías cog-

nitivas mínimas, el riesgo real que se corre —y en esto es posible seguir a Agamben— es que aquello que el derecho y el Estado mismo resguardaban y quedan completamente a merced del soberano (ejecutivo). Pero aquello que queda a merced del arbitrio del poder absoluto no es simplemente una vida sino una vida desnuda; esto es, despojada de toda protección y blindaje que le puede otorgar el derecho garantista. De esta forma, si el Estado en las concepciones contractualistas significaba el fin de la guerra y la protección de los súbditos, ahora vemos al Estado (ejecutivo) urdir una batalla en contra de los ciudadanos, especialmente de aquellos a los que se les considera enemigos. Esta situación se materializa, entre otras formas, delegando una serie de funciones al aparato policivo; funciones que, en esencia, competen a la actuación judicial. Por ejemplo, actuaciones ya señaladas como interceptación de comunicaciones, capturas y allanamientos sin orden judicial, limitación al derecho de expresión y de locomoción u obligación de informar cualquier cambio de domicilio, entre otras. En este sentido, el estado de excepción sería entonces una de las tantas medidas extremas propiciadas por la misma tradición democrática, en cual se materializa el *derecho penal del enemigo*. Aquí se evidencia claramente el *carácter biopolítico del derecho contemporáneo*, en tanto que incluye la vida de los individuos en los cálculos del poder mediante la propia suspensión del derecho (Agamben, 2003; Hernández, 2008). En este sentido, no estaríamos lejos, a partir de una radicalización de este derecho, de una colonización de la vida por los dispositivos policivos.

De otra parte, mediante este derecho el Estado se vale de una herramienta no sólo jurídica sino que tiene alcances ideológicos, sobre todo cuando se utilizan de los medios de comunicación para construir al enemigo público. En ello no se escatima esfuerzo para degradar la condición del imputado, al que se le pueden atribuir hechos reales o imaginarios y convertirlo en el objetivo de los medios que aprovechan para escenificar y magnificar los sucesos, auspiciados, claro está, por los organismos de policía. Con ello se justifica su negación, se le despersonaliza y se le

15. Documento que se encuentra en la página: <http://intelligence.senate.gov/patriot.pdf>

16. Documento que se encuentra en: Federal register. Vol. 66. No. 222, Friday, Noviembre 16, 2001, apoyado en la página web: <http://www.torturingdemocracy.org/>

hace merecedor de un trato diferenciado y discriminatorio. En este proceso de construcción del enemigo el Estado se presenta como el gendarme del orden, como el canal legítimo para lograr los fines sociales. Así, se rechaza al enemigo, se le declara la guerra y, de ser necesario, se le sacrifica en función de la pacificación, del orden público, o en función de la reconciliación nacional y la seguridad democrática. Lo paradójico de todo esto es que el Estado liberal que se presenta como la minimización de la intervención, aparece aquí, al decir de Brandariz, como el Estado fuerte, capaz de reproducir una narrativa legitimadora de los más cruentos tratamientos contra el denominado enemigo, a quien niega su condición de ciudadano (Brandariz, 2007: 226-228). No obstante, hay quienes presentan algunas razones de Estado con el propósito de legitimar sus regulaciones. Ideas como la defensa nacional aparecen en procura de otorgarle validez a este tipo de derecho, pero subsisten aspectos aún críticos y por solucionar, especialmente en torno a su condición de legitimidad. Adicionalmente cabe preguntarse si como Estado de Derecho, como organización política regulada por normas con arreglo a fines, la persona puede alcanzar su máximo desarrollo, o si, por el contrario, es el individuo un agente subordinado a la colectividad. Esto obligaría a una revisión permanente e intensa de los presupuestos políticos y jurídicos de este tipo de regulaciones, los cuales son acogidos por los Estados, en la mayoría de los casos, sin ningún tipo de análisis (Silva, 2001). Un presupuesto de cual habría que sospechar son los estados de excepción, concebidos como una medida de emergencia transitoria, porque el poder ejecutivo ha tendido a normalizarla como una medida perdurable. La tendencia a normalizar lo excepcional tiene elevados costos para la libertad de acción (Silva, 2001; Ferrajoli, 1995), pero también, como lo previó Agamben (2003), genera un vacío y la vida misma queda al desnudo frente al poder del soberano.

Finalmente, en la persecución del peligro –necesaria en toda democracia (un detonante perverso para lograr que prime lo normal y no lo excepcional) –se usa un lenguaje bélico¹⁷, el cual



se ha extendido más allá del realismo político de Schmitt, y se ha utilizado y se sigue utilizando para sustentar las legislaciones de emergencia y de excepción. Así, expresiones tan comunes en las prácticas nacionales e internacionales como lucha contra la corrupción, lucha contra el crimen organizado, lucha contra el narcotráfico, lucha contra la subversión, lucha contra el secuestro, lucha contra la extorsión, se han sedimentado y naturalizado en muchos ámbitos jurídicos al

17. No es el tema del artículo, pero debe considerarse que el lenguaje bélico permea las instituciones jurídicas que, en principio, surgen como alternativa al uso de la violencia desbordada y pretenden alcanzar la paz a través de un uso legítimo de la fuerza, en este caso, la autoridad reglada.

momento de justificar la restricción de derechos fundamentales y garantías constitucionales en el marco de unas normas aparentemente dirigidas a combatir la impunidad y el crimen organizado (Aponte, 2006). En este sentido, el peligro manufacturado ideológicamente da origen a los denominados tipos de peligro abstractos; es decir, a una serie de descripciones normativas caracterizadas por proteger *bienes vagos*, como el bien común, la seguridad pública, el orden justo, sin que se especifique en qué consiste tal bien, lo que da pie a que se proscriban conductas por el mero hecho de su peligrosidad (Sánchez García, 2007:17- 19).

Derecho penal de la enemistad en Colombia

La legislación colombiana sobre la excepción puede ser considerada una expresión del *derecho penal de la enemistad*. Su aplicación puede rastreadarse posiblemente en la época de la Violencia, aunque se concretó el 6 de septiembre de 1978, cuando el ministro de Gobierno del entonces presidente Julio César Turbay anunció la creación de un estatuto que pretendía defender las instituciones democráticas y a los ciudadanos restringiendo severamente las libertades. En efecto, el Decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) confirió funciones de policía judicial a los miembros del Ejército para juzgar a los subversivos, entre otra serie de prerrogativas. Por cierto, una decisión jurídica que se tomó mucho antes de haber sido planteada por el profesor alemán Günther Jakobs, inspirado en el pensamiento de Schmitt¹⁸. No es exagerado, en tal sentido, considerar que el *derecho penal del*

enemigo antecede en la práctica a su formulación teórica y su aplicación. En ese sentido, es un reto investigativo indagar sobre los fundamentos teóricos de un tipo de derecho penal que encuentra cabida en Colombia, según lo ha reconocido el mismo Cancio Meliá (2003: 93). El que el *derecho penal de la enemistad* tenga un desarrollo teórico en otro continente, con realidades sociales muy ajenas a las nuestras y, sin embargo, sea aquí en Colombia donde su manifestación fáctica cobre absoluta vigencia, puede decirnos mucho sobre la calidad de nuestra democracia y el tipo de visión que se tuvo en determinadas coyunturas frente a las libertades y garantías procedimentales. Por ahora, baste decir que este derecho se expresa en países de nuestras latitudes entre la protección constitucional amparada en el reconocimiento de la dignidad humana y el desconocimiento de derechos fundamentales a propósito de la emergencia del clima punitivista. En otras palabras, se presenta al unísono con los discursos garantistas como si ello fuese compatible.

La reflexión y análisis que se genera al respecto pretende contribuir al entendimiento de un fenómeno jurídico nacional extendido y sedimentado, aunque busca también propiciar un espacio de debate más allá de lo teórico, sobre la instrumentalización jurídica y abuso ideológico de la norma. A este respecto, es el jurista colombiano Alejandro Aponte, quizá uno de los que más contribuye a esclarecer esta discusión, con su texto *Guerra y derecho penal de enemigo* (2006). Por tal motivo, en lo que sigue, haremos referencia permanente a este autor, en relación con lo expuesto anteriormente. Este autor, apoyado en una amplia revisión bibliográfica y

18. El forjamiento de un *derecho penal del enemigo* es producto de las actuaciones del ejecutivo, liderado por el Presidente de la República en el caso colombiano, quien es el encargado por excelencia de producir la política criminal, por lo menos la política criminal de emergencia, que en realidad constituye la política de más impacto sobre todo el orden social, jurídico y político. Aun así, según Aponte, “es necesario aclarar que ello no ocurre necesariamente de manera intencional. Es decir, no se trata necesariamente de un “objetivo” intencionalmente buscado por el legislador de excepción, o “calculado” estratégicamente” (Aponte, 2006: 370). Ahora bien, siguiendo a Camargo (2002), las implicaciones generales de la legislación de emergencia en Colombia se manifiestan desde el 9 de abril de 1948, con el asesinato del dirigente popular Jorge Eliécer Gaitán; también a finales de los cincuenta podrían rastreadarse en las medidas que señalamos arriba de “extrañamiento penal”. Algunos van más allá y consideran que desde el período conocido como “La Regeneración”, que inicia en 1886, se siente el impacto del “Estado de sitio” en tanto proceso connatural al derecho, la política y la gobernabilidad con la famosa disposición K y la Ley de los Caballos, posteriormente con la Ley Heroica de Abadía Méndez en 1926, hasta llegar al gobierno de Ospina Pérez. Con la Constitución de 1991 se buscó plantar algunos límites para detener su uso indiscriminado, por ello se estableció la justificación de “circunstancias verdaderamente graves y excepcionales para dar lugar a su declaratoria”. Además, las normas que lo desarrollan deben guardar estrecha relación con las motivaciones generatrices y ser proporcionales a sus causas y pro tempore. En la Constitución del 91 se prohíbe la limitación de los derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual ha generado que disminuya drásticamente su utilización por parte de los gobiernos de turno.

en su profundo conocimiento sobre Schmitt¹⁹, analiza detenidamente la noción del *derecho penal de la enemistad*, comparar sus postulados clásicos con el caso colombiano, concretamente con la legislación de los años ochenta y noventa y se extiende su análisis a la legislación emitida en los últimos años y su respectivo desarrollo jurisprudencial.

En comienzo, el *derecho penal del enemigo* en Colombia se enmarca en un contexto singular en el que confluyen y se entremezclan, desde hace varias décadas, diversas formas de violencia, unas más coyunturales y otras más estructurales, y en el que el conflicto armado interno es difuso por el mimetismo e indiferenciación de sus actores, lo que causa que el enemigo sea totalmente indistinguible. Este contexto propicia confusiones entre la guerra y el derecho, al punto de transformar la legislación en una normatividad emitida para contrarrestar la lucha entre las diferentes facciones del poder que compiten por el monopolio tanto del uso de la fuerza como del cobro de la tributación; ambas, características esenciales del Estado moderno, si acogemos la tesis weberiana. Este monopolio es pieza clave en un Estado de Derecho, dado que allí donde no se logra estructurar un dominio estatal legítimo de la violencia no es posible un derecho como forma de reglamentación de la acción humana y, menos se puede esperar aun esperar de los ciudadanos unas conductas respetuosas de las normas.

Según el profesor Aponte, el derecho como institución requiere de un sustrato social en el cual la creencia en el poder contribuye a la legitimidad y fortaleza del orden colectivo. En ese sentido, la expectativa de paz que lleva consigo el orden normativo necesita de unas instituciones afincadas en las más profundas raíces societales; de tal forma que la colectividad logre interiorizar en los participantes la creencia de que quien ejerce el poder lo hace legítimamente. Mientras dicha creencia no exista, se puede hablar de órdenes políticos regidos por la fuerza, más no de Estado en el sentido moderno de la palabra; esto es, como institución que mantiene y conserva el monopolio legítimo de la violencia. Justamente,

en contextos de mercados de violencia o de monopolios parciales y fragmentados de la violencia (Orozco, 2009), es donde la disputa por el poder, en cabeza de diferentes actores, da lugar a lo que algunos han denominado *soberanías en vilo* o *territorialidades bélicas* (Uribe, 2001; González, Bolívar y Vásquez, 2003): se promulgan leyes pero no se cumplen o, de manera alternativa, conviven normatividades contradictorias.

Quien ostenta el poder del Estado debe, ante esta circunstancia, luchar por la apropiación de la obediencia y la eliminación de regímenes paralelos a las normas ya establecidas. En la subrogación del monopolio de la fuerza se puede desviar y confundir la política criminal con la política social o con la política a secas, situación que desemboca en la regulación criminalizante de actividades incluso legítimas. Esto puede terminar en el uso exacerbado del derecho penal como alternativa frente a situaciones que se pueden solucionar con un uso adecuado de políticas sociales. Ejemplos de este abuso del derecho son la criminalización de actividades como la siembra de coca en regiones apartadas del territorio colombiano, donde el cultivo de productos lícitos hace inviable la subsistencia de las personas que allí habitan; o la criminalización de la protesta. La garantía de dominio territorial se termina construyendo sobre la base de una serie de tipos penales alternativos a la legislación ordinaria para someter a quienes atentan contra la dignidad moral del régimen. Es el caso de la rebelión y de una serie de actividades que no son en esencia un conflicto para el orden constitucional. Por ejemplo, el narcotráfico, el secuestro, el terrorismo, la extorsión, la corrupción administrativa, entre otros, son objeto de estatutos especiales orientados a erradicar de forma eficiente el fenómeno delictivo pasando por encima de las garantías de los ciudadanos. En estos casos, los sindicados son tomados como enemigos y, por tal razón, se les desconocen los derechos fundamentales a efectos de realizar o materializar el derecho estatuido con el propósito de fortalecer el orden institucional.

El asunto a tener en cuenta aquí es que a ciertos sujetos se les restringe la comunicación, se les

19. El profesor Aponte ha realizado también una lectura de Schmitt en el derecho penal, en un texto de 1998. De todas maneras no es el único lector que reflexiona con cierto juicio sobre este autor en nuestro medio, especialmente su impronta en la política y en el derecho; aquí nos encontramos con los trabajos de Benavides (2008); Giraldo y Molina (2008); Guerrero (1998) y Orozco (1991).

imposibilita el derecho a la defensa, se les niegan las rebajas establecidas para los demás delitos, se les nombra jueces especializados y se les hace sujetos de un conjunto de trámites, la mayoría orientados a imposibilitar el ejercicio de su defensa, desconociendo su presunción de inocencia. A otros, sin embargo, no se les cataloga como enemigos, sino que se les otorga la condición de beneficiarios de ciertas prerrogativas, con la finalidad de garantizar la reconciliación nacional. En Colombia, tal es el caso de los grupos paramilitares, denominados por la Ley 975 de 2005, como grupos armados ilegales que al desmovilizarse y confesar plenamente sus delitos entran a ser sujetos de penas alternativas y beneficiarios de estrategias de rehabilitación y reinserción a la vida civil. Lo cuestionable aquí no es que se generen estas medidas de excepcionalidad válidas por ejemplo en casos transicionales, sino que se termine desvirtuando la justicia en función de fines excesivamente pragmáticos, con el fin de favorecer ampliamente a quienes, como los grupos paramilitares, de manera abierta y por medio de las armas ejercieron el terror.

Ahora bien, aunque dichos estatutos se pueden elaborar en un marco de excepcionalidad para neutralizar ciertos delitos y ciertos enemigos, no hay que pasar por alto que la naturaleza misma del conflicto colombiano—aquí el Estado no ostenta el monopolio legítimo de la violencia y algunos agentes desconocen o niegan las lógicas sociales y las políticas propias que subyacen al conflicto²⁰— hace que dichas normas terminen criminalizando a los más desfavorecidos del orden social (los marginados, los campesinos, los pobladores de las regiones más apartadas). En otras palabras, se trata de una transfiguración del enemigo público en enemigo socialmente vulnerable. Del enemigo público que tiene un poder mayor para contrarrestar el impacto de este tipo de legislación sobre su condición, se deriva hacia estos enemigos vulnerabilizados por el régimen, que no cuentan con las herramientas y los recursos para blindarse frente a los impactos de estas medidas. Lo problemático es

que como parte de esta lógica de persecución terminan siendo vulnerables los sindicalistas, los miembros de partidos de oposición y, en general, todos aquellos para quien el estatuto no previó la posibilidad siquiera de alcanzar su condición de amigo del régimen. En este sentido, se produce una situación de extrema vulnerabilidad y exclusión, pues aquellos que material y formalmente tienen menos posibilidades reales de participar en la formación de las normas; es decir, que son relevados de la participación política, terminan siendo las víctimas de esa exclusión. Esta situación no sólo ocurre en Colombia; Argentina, Chile y Perú, según Gargarella, también experimentan este fenómeno de doble discriminación “(...) donde grandes grupos de personas son víctimas de graves violaciones de derechos fundamentales y no participan de ningún modo razonable en la creación de la ley; es decir, sufren graves ofensas sustanciales y graves exclusiones procedimentales” (Gargarella, 2008: 29).

El asunto crítico es que las normas de excepcionalidad que en principio estaban destinadas a desintegrar las mafias, a desestructurar las organizaciones criminales y a atacar directamente a los “peces grandes” de la criminalidad organizada, terminan siendo absolutamente ineficaces para tales propósitos. A pesar de haber sido elaboradas y justificadas como parte de una política eficaz para lograr la desarticulación del accionar criminal, se termina, por el contrario, confundiendo a través de ellas a los actores del conflicto. Se confunde a los combatientes con la población civil; a los grandes capos de la droga con los campesinos obligados por la miseria y la falta de políticas públicas programáticas a cultivar la coca para sobrevivir; a los líderes de los movimientos sindicales y sociales con los rebeldes combatientes; a los empleados de rango medio con los “peces grandes” de la corrupción. Ejemplos de esta dinámica normativa de estatutos de emergencia son, en general, las diversas normas expedidas por el Estado colombiano al amparo del denominado estado de sitio, con el firme propósito de erradicar la criminalidad. Así,

20. Por ejemplo, una de estas lógicas es la participación del Estado como uno de los responsables históricos de la guerra en Colombia. Así, el gobierno de Uribe Vélez declaró a lo largo de sus ocho años de gobierno (2002-2010) que el Estado colombiano no era responsable directo de la guerra, sino sólo un actor “solidario” con las víctimas que otros producen. Lo cuestionable es que con ello no sólo se suspende la obligación histórica y judicial en los hechos crueles, sino que también se sitúa al Estado como una especie de “arquetipo institucional incólume”, en una posición cómoda de “actor imparcial” de una guerra que él mismo ayudó a producir y perpetuar históricamente.

siguiendo al profesor Aponte, podemos afirmar que asistimos a un:

Eficientismo penal condicionado, a su vez, y en gran medida, por la alta criminalidad que desde hace décadas vive el país. Hechos conflictivos en extremo, que son hoy casi circulares, le brindan al caso colombiano su especificidad incluso en el continente. Es esa conflictividad la que subyace a la expedición de la Ley 2ª de 1984, al estatuto de 1986, al estatuto antiterrorista de 1988, al estatuto de 1990, a la declaración de conmoción interior de 2002 y es, además, la que alimenta las numerosas normas que desde entonces se han dictado en contextos generales de emergencia. Por esta razón el *derecho penal del enemigo*, eficientista y ligado a escenarios de alta conflictividad, es también un *derecho penal de la emergencia*, entendida ésta hoy de una manera más general y no sólo ligada al uso histórico y circular del estado de sitio anterior a la carta política de 1991 y de los estados de excepción consagrados hoy en dicha carta (Aponte, 2006: 49).

Son estatutos que contienen normas que vulneran las garantías constitucionales y en los cuales se incorporan definiciones que separan y segregan a la comunidad nacional en dos bandos: los sujetos de las normas de excepción y la población normal regulada por el derecho penal ordinario. A propósito, tenemos la Ley 733 de 2002, "(...) por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión", que establece en su artículo 11 una absoluta discriminación entre delincuentes o sujetos justiciables:

Artículo 11: Exclusión de beneficios y subrogados. Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

Como puede apreciarse, la norma citada establece una diferenciación que no encuentra acomodo alguno si se compara frente al caso, por ejemplo, de Luis Alfredo Garavito, sujeto que conmocionó al mundo por los múltiples crímenes cometidos contra niños que fueron violados y asesinados, y para quien las rebajas y beneficios consignados en la legislación ordinaria aplicaban sin ninguna restricción. Pero lo más grave es que a pesar de ser esta norma claramente violatoria del artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que introduce el derecho a la igualdad y la prohibición de tratos discriminatorios, la honorable Corte Constitucional encontró ajustado el citado artículo 11 al precepto constitucional, quizá por las presiones políticas de que fue objeto en aquel entonces y que no dudaron en hacerse públicas en los más prestigiosos diarios de circulación nacional²¹.

En este orden de ideas, y a manera de ejemplo, podemos también citar el artículo 15 de la Ley 40 de 1993 o estatuto antisequestro que, entre otras cosas, dice: "(...) los sindicatos o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro no podrá otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena. La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida". Norma claramente discriminatoria en la que se desconocen garantías constitucionales. Igual sucede con la Ley 1142 de 2007 y la Ley 1098 de 2008, entre otras leyes. Pero lo más problemático, a nuestro modo de ver, es la posición que ha asumido la Corte Constitucional al tratar el tema en los fallos C-213 de 1994, C-762 de 2002 que permiten al legislador crear diferenciaciones odiosas y violatorias de la dignidad humana con el supuesto de una pretendida libertad de configuración legislativa que desconoce el principio de igualdad.

Ahora bien, según el profesor Aponte, en nuestro medio no es extraño, entonces, que haya hecho carrera un *derecho penal político de enemistad*, como representación modélica de un derecho penal eficientista. Tres dimensiones son centrales a este derecho, a saber: a) la dra-

21. Véase diario *El Tiempo*, julio 17 de 1996, p. 1 A. (Citado por Aponte, 2006).

matización de la violencia; b) la criminalización de los problemas sociales, económicos y políticos; c) la militarización de la función policiva. Examinemos detenidamente cada una de estas dimensiones dado que son las que con fuerza permiten entender cómo se legitimó y opera al día de hoy este tipo de derecho en nuestro medio.

Dramatización de la “Violencia”

Cuando se habla de dramatizar la *violencia* se alude a la noción que se tiene de esta y, más que eso, a la manera como se manipula determinada percepción de ella con la finalidad de justificar una política criminal que sofoque su amenaza real o aparente. Desde otra perspectiva, dramatizar la violencia para con ello derivar réditos inmediatistas (y por qué no, mediáticos), equivale a realizar un uso servil de situaciones y actores, instrumentalizando su contenido, estereotipando la realidad de suyo violenta y forzándola a aparecer en forma distinta a su carácter ontológico y justa valoración, todo ello en detrimento de las garantías fundamentales. Esto lleva atados fenómenos indeseables como la inflación legislativa y el uso simbólico, mesiánico y eficientista del sistema penal. Caso paradigmático de esta escenificación es llamado *Monstruo de Mariquita*, calificativo dado a un hombre que convivía con su hija desde hacía varios años. De hecho fue utilizado por los medios de comunicación para convertir a este sujeto en el peor de los criminales. Igual situación ocurrió con el secuestro y posterior asesinato de un niño, en que se vio involucrado el presunto padre del menor, caso que los medios de comunicación utilizaron de forma amarillista durante más de tres semanas. Sin embargo, masacres cometidas por los paramilitares en la región de El Salado, en las que se cometieron barbaridades como descuartizamientos y empalamientos, no tuvieron la misma resonancia en los medios²².

Según Aponte, la *dramatización* tiene su génesis en dos hechos históricos concretos: las declaratorias de conmoción interior que hizo el gobierno nacional en 1992 y 1994²³, como quiera que Aponte se circunscribe a lo acaecido luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. No obstante, deja por fuera, por una decisión de recorte empírico de la investigación, consideraciones sustanciales sobre el fenómeno de violencia política que ha estado agenciado hace más de cincuenta años, a más de la influencia decisiva que ha jugado sobre nuestro contexto la insurgencia armada, en este caso las Farc.

Ahora bien, estas dos declaratorias de conmoción interior conducen al profesor Aponte a ajustar la mirada analítica en torno a la evidente tensión entre derecho penal eficientista y garantías ciudadanas, concretamente el principio de libertad. En su argumentación, estas decisiones del ejecutivo estuvieron motivadas por la posible salida de los establecimientos carcelarios de personas que venían siendo procesadas por delitos contra la Ley 30 de 1986 como parte de la cruzada estatal contra el narcotráfico, convertidos por el Gobierno en *enemigos* del establecimiento. Sus liberaciones, empero, obedecían al cumplimiento de la misma normatividad expedida por el ejecutivo, que hacía viable el derecho a la libertad de quien hubiese permanecido un tiempo considerable tras las rejas sin ser condenado²⁴. Aquí es importante rescatar el muy pertinente cuestionamiento del autor cuando razona: ¿cómo es posible que el cumplimiento de la ley pueda ser motivo de causación de la conmoción interior? Es decir: ¿el allanamiento al derecho tiene acaso la capacidad de perturbar el orden público ciudadano? Así, se detiene escrupulosamente tanto en las razones del ejecutivo como en los pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁵ que decidieron sobre la constitucionalidad de las determinaciones. Recordemos que en

22. Al respecto puede consultarse el informe *El Salado esa guerra no era nuestra* (2009).

23. Para el 10 de octubre de 1992, el gobierno nacional mediante decreto 115 declaró el estado de conmoción interior para frenar la salida en libertad de los establecimientos carcelarios de personas consideradas peligrosas para la sociedad. Por motivos análogos se procedió a otra declaratoria el 1 de mayo de 1994, mediante decreto 874.

24. Es importante recordar que el Presidente Álvaro Uribe Vélez, mediante Decreto 3929 de octubre 9 de 2008, declaró la conmoción interior para salirle al paso a la huelga de los trabajadores de la rama judicial y “evitar la salida masiva de los detenidos considerados como criminales de alta peligrosidad” por vencimiento de términos.

25. En las sentencias C- 556 de 1993 y C-300 de 1994 son especialmente importantes para el autor los salvamentos de voto: en la primera decisión que declaró exequible el decreto de conmoción, salvaron voto Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero; en la segunda, donde la Corte se resiste a la exequibilidad, los que salvaron voto fueron Herrera, Morón y Naranjo, los

ambos casos la Corte prácticamente se dividió. En la primera ocasión la Corte determinó la exequibilidad de la declaratoria de conmoción interior, mediante la restricción de las garantías penales. Sin embargo, la segunda declaratoria fue encontrada incompatible con la Constitución, con el argumento de que la liberación de narcotraficantes y guerrilleros no perturbaba el orden público, pues las mismas normas lo permitían y en momento alguno a los procesados se les podía imputar las disfunciones del aparato judicial. Sin embargo, tras ello se camuflaba la verdad respecto de los logros del gobierno en su lucha integral contra la subversión y el narcotráfico, que a pesar de las múltiples normas y restricciones no estaba ganada.

Amparado en la conmoción interior, el gobierno nacional aprovechó la oportunidad para dictar disposiciones que permitían juzgar durante términos indefinidos, herir de muerte el *habeas corpus* y la libertad de prensa y otorgar inconcebibles funciones de policía judicial al Ejército. En fin, una serie de medidas arbitrarias que tipifican lo que el profesor Aponte denomina un *derecho penal político del enemigo*. Todo esto le da pie para profundizar en una temática trascendental: el régimen de libertad en el sistema penal colombiano. Esta cuestión, que el autor ha tratado en otros textos (por ejemplo, Aponte, 2006), le sirve para mostrar que en el nuevo contexto procesal acusatorio, cuando se definen situaciones relativas a la libertad, por considerarla un principio general cuya limitación se da por la vía de lo excepcional, es menester tener en cuenta ciertas prerrogativas; por ejemplo, el bloque de constitucionalidad. Esta prerrogativa, contribuye a que la limitación de la libertad esté sometida a un plazo razonable y a que en ningún momento pueda constituirse en pena sin que le anteceda sentencia condenatoria. Es un instrumento orientado

a la finalidad procesal imperiosa de evitar la fuga del procesado o el peligro para la víctima, los testigos, la comunidad y la administración de justicia.

En la medida que el profesor Aponte reconoce que la valoración de todas estas instancias es un asunto difícil, resulta adecuado tener presente la propuesta de Veira González (2008), que consiste en efectuar lo que él llama *test de razonabilidad de la detención preventiva*. Este instrumento metodológico se nutre de los escrutinios de proporcionalidad utilizados por los tribunales europeos y anglosajones, así como del desarrollo que de ellos hace nuestra Corte Constitucional, lo cual garantiza que la decisión de privar de la libertad a una persona durante el proceso judicial deje de ser un acto de dramatismo mediático. De esta forma se obliga a fiscales y jueces de control de garantías a realizar argumentaciones consistentes. De otra parte, es de suma importancia tener en cuenta que al definir sobre la libertad del procesado se profundice “en las circunstancias en que se cumple la medida de aseguramiento” (Aponte, 2006: 415). Lo anterior demanda que los contextos de ejecución de las medidas asegurativas deben ser dignos, lo cual abre un importante espacio para la discusión sobre un punto que la judicatura se empeña tozudamente en desconocer: el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario colombiano²⁶.

Criminalización de los problemas sociales, económicos y políticos

La denominada *Masacre de las bananeras*, acaecida el 6 de diciembre de 1928, es un buen indicador para enfatizar que la utilización del derecho penal como medida de solución a los problemas sociales, económicos y políticos en

dos primeros ex-magistrados de posturas conservadoras a lo largo de su paso por el alto tribunal constitucional. Es de tener en cuenta que en ese interregno, la Corte se pronunció mediante la sentencia C-031 de 1993, con ponencia de Cifuentes Muñoz, sobre un decreto de conmoción que limitaba la libertad de prensa, otorgaba funciones de policía judicial al Ejército, creaba el programa de protección a víctimas, la colaboración eficaz, negociación de penas y colocaba límites a la libertad provisional. En dicha ocasión, salvó su voto nuevamente el magistrado Ciro Angarita y aclaró el suyo Alejandro Martínez Caballero. No sin razón algunos trabajos de teoría constitucional hablan de magistrados progresistas y conservadores.

26. “En relación con las condiciones que debe reunir el tratamiento carcelario, existen instrumentos internacionales como las *reglas de Tokio*, y las *reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (1955)*, entre otros, que pretenden que la resolución no avasalle la dignidad personal, ni el derecho de defensa y prevenga el trato cruel o degradante”. Cfr. Veira (2008: 92 y 93). Es de resaltar aquí que el nivel actual de hacinamiento en los centros penitenciarios de Colombia alcanza la tasa de 41.7% de conformidad con el informe presentado por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes, ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que sesionó en julio de 2010, en Ginebra (Suiza).

Colombia es cosa de vieja data (Aponte, 2006)²⁷, pues en lugar de legislar y reglamentar la exigencia de derechos por parte de los trabajadores en un ámbito de concertación y diálogo, el Estado optó por su eliminación declarando a los huelguistas como rebeldes e insubordinados del régimen. Este es sólo un ejemplo de los múltiples hechos de la historia colombiana en los cuales las exigencias sociales y la protesta son criminalizadas a efectos de acallar a los insurrectos.

En este orden de ideas existiría un dudoso atributo que se le ha pretendido asignar al derecho penal: poseer la virtud de resolver, como por encanto, las variadas dificultades sociales que padecemos, como la inequidad, la ignorancia, la pobreza o la marginalidad. Por el contrario, la historia nacional ha revelado, frente a la complejidad de los problemas, la incapacidad e ineficiencia de las normas penales y ha propiciado el agravamiento de sus causas, que persisten insolutas, hasta arribar a la confrontación insurgente y contrainsurgente. En esa dinámica, campesinos y colonos son transformados en *el hostes schmittiano*, un enemigo a exterminar por designios externos, amparados en la lucha contra las drogas. Precisamente, a falta de reales políticas sociales de rehabilitación, concertadas y programáticas, que beneficien a las comunidades y traigan desarrollo humano, se desencadena un proceso de *criminalización* selectiva o coyuntural.

Para el profesor Aponte no puede pasarse por alto que en la reacción frente a los cultivadores de coca y en la respuesta a la posibilidad de liberación de los presos por vencimiento de términos opera una circunstancia especial que resta legitimidad al proceder del Estado. La razón de esto es que la misma legislación, por su configuración contradictoria, no deja de admitir cierto margen de licitud a la facticidad que da

lugar a las declaratorias de conmoción. Así, en el primer caso, la ley penal exige la liberación de los presos conforme lo estipulaba el artículo 415 del entonces estatuto procesal penal; en el segundo, el Estatuto Nacional de Estupefacientes reconoce que no se puede punir la siembra de coca en forma indiscriminada, pues son evidentes las finalidades médicas, científicas y culturales de ella²⁸.

Militarización de la función de policía

La posibilidad de realizar allanamientos, interceptaciones telefónicas, capturas contra quienes presentan “graves indicios de perturbar el orden público”, adelantar indagaciones, juzgar a los civiles mediante consejos verbales de guerra y crear tipos penales abiertos durante los estados de excepción, fue en las décadas de los sesenta y setenta prerrogativa que se otorgó a las autoridades militares. Unas atribuciones constitucionales²⁹ reglamentadas por medio del tristemente célebre Estatuto de Seguridad³⁰, fiel copia de los estatutos represivos de las dictaduras del Cono Sur e inspirados en la ideología de la Seguridad Nacional³¹.

Esta manifestación del *derecho penal del enemigo* es materia de consideración, como quiera que se trata de una ambición inquebrantable del poder político, como lo afirma el profesor Aponte y como se evidencia en los siguientes casos: el Estatuto para la Defensa de la Democracia de 1990, el Estatuto Antiterrorista del 2003 y el decreto de conmoción interior 1810 de 1992, según el cual las unidades militares, con la coordinación de la Fiscalía quedaban facultadas para desarrollar labores de policía judicial en el mismo

27. Un ejemplo reciente al respecto fue la actual huelga de los corteros de caña en el departamento del Valle. Los corteros demandaban un régimen de contratación justo. Al igual que ellos, las movilizaciones indígenas del Cauca y Valle del Cauca demandaban el cumplimiento de acuerdos con el gobierno nacional respecto a la asignación de tierras productivas y el respeto de los derechos humanos de sus integrantes, donde curiosamente varios de los huelguistas y marchantes fueron luego judicializados y detenidos. De parte del gobierno, se señaló la infiltración de estos movimientos sociales por cuenta de movimientos subversivos y, además, se denunció la financiación de las causas terroristas con dineros de simpatizantes extranjeros.

28. Los tipos penales de la Ley 30 de 1986 contienen cláusulas como “el que exceda la dosis personal”, o “el que sin permiso de la autoridad competente”. Y aún más: “El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de los cuales...”, frases y expresiones abiertas, confusas, con texturas indeterminadas, que dan pie a un sinfín de interpretaciones.

29. Téngase en cuenta el artículo 28 de la extinta Constitución.

30. Decreto 1923 de 1978, que recibió la bendición de la Corte Suprema de entonces, y permitió que las cortes marciales juzgaran y condenaran a civiles por crímenes políticos entre los años de 1965 y 1987.

31. Para una ampliación de este tema en los países del Cono Sur y en México, se recomienda Dutrénit y Varela (2010).

lugar de la confrontación bélica. Estas medidas han resultado contraproducentes por el mismo régimen jerárquico de lo castrense, dado que asigna funciones que deben llevarse a cabo con imparcialidad e independencia, aparte de que rompen la estructura de la misma fuerza armada e ignora una prohibición que deviene sustancial: los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares incluso en los estados de excepción.

El hecho concreto, como afirma Aponte, es *instrumentalizar militarmente* las funciones de policía judicial, asignándoselas a unidades militares inmersas en la confrontación armada. La verdadera problemática que entraña esta mezcla de funciones en una misma autoridad, según Aponte, se hace evidente en las diferenciaciones de Walter Benjamín: “(...) la policía es un poder que funda –ya que la función particular de este último no es la de promulgar leyes, sino la de expedir decretos con fuerza de ley– al mismo tiempo que es un poder que conserva el derecho, en la medida en que se coloca a disposición de estos fines (...)” (Aponte, 2006: 495-496). Como quien dice, no se puede ser juez y parte al mismo tiempo.

Pero lo más grave y que bien podría ser una cuarta manifestación de un *derecho penal del enemigo* tiene relación directa con una normatividad de emergencia que no sólo anhelaba asignar determinadas funciones de policía judicial a los organismos de seguridad, sino involucrar a la población civil en los avatares de la confrontación armada contra las organizaciones insurgentes. Nos referimos concretamente a lo que consideramos la mayor cruzada ideada por el ejecutivo con el objeto de militarizar la vida ciudadana: la Ley 684 de 2001, proferida al amparo del estado de excepción, sobre la cual hubo de pronunciarse la Corte Constitucional mediante sentencia C-251 de 2002, con ponencia de Clara Inés Vargas y Eduardo Montealegre Lynett.

La referenciada normatividad pretendía implementar un Estado autoritario fundado en los principios filosóficos y estrategias que hubieran suscitado la envidia del mismo *Duche*, pues más allá de impedir la salida de unos cuantos

prisioneros, desconocía la generosidad de la ley y sofocaba a tiros la marcha de campesinos cocaleros que protestaban por las aspersiones indiscriminadas de sus cultivos, con el pretexto de combatir a la subversión. Como dijo la Corte: “(...) afectar la supremacía del poder civil sobre el militar, introducir un estado de excepción permanente, erosionar el pluralismo político y abrir el camino a un Estado autoritario”³².

Esta aspiración claramente autoritaria, acudía a conceptos como el de poder nacional y la creación de un Consejo Nacional de Seguridad y Defensa; la fijación de objetivos nacionales por parte del Presidente y el otorgamiento de funciones de policía judicial a las fuerzas militares, entre otras prácticas, tal y como aparece en la justificación o considerandos del decreto 1810 de 1992, que a la postre dice:

“(...) es necesario fortalecer la acción de los organismos judiciales en su función de investigar, acusar, juzgar; proteger a los funcionarios judiciales y a los de los organismos de fiscalización, así como a los testigos; permitir a las fuerzas militares desarrollar funciones de policía judicial y reprimir ciertas conductas que contribuyen a que puedan tener éxito las operaciones de la delincuencia organizada (...) Que por las razones anteriores es indispensable otorgar funciones de policía judicial, bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación, a las fuerzas militares, para que en los lugares en donde no existan agentes de la Fiscalía o funcionarios que de acuerdo con la Constitución y las leyes, pueden ejercer funciones de policía judicial, cumplan dichas funciones” (...).

Ahora bien, no se sabe cómo puede dirigirse y controlarse a los nuevos funcionarios de policía judicial (miembros de las fuerzas militares) si van a fungir como tales en los lugares donde no hay miembros de la Fiscalía, situación que dejaría a los investigados en manos de las fuerzas militares sin ningún tipo de garantías judiciales. Igualmente, se dictaron normas orientadas a crear teatros de operaciones, zonas geográficas donde tendrían efecto las tareas militares de recuperación del orden, a cargo de un comandante que coordinaría con las autoridades civiles de la región el registro de la población (empadro-

32. Esta decisión fue tomada por la Corte en plenaria, pues si bien se presentó un salvamento de voto (Monroy Cabra), él mismo se detuvo en consideraciones formales y de técnicas decisorias y no ingresó sobre la materialidad de la discusión.

namiento). Pero no podía faltar el insatisfecho anhelo: asignar funciones de policía judicial a las autoridades policiales, en contra de los tantos pronunciamientos de la Corte al respecto, como la aludida sentencia C- 034 de 1993. El coste de la seguridad pública tendría, entonces, que sacrificar los más altos valores de la modernidad: el reconocimiento de la autonomía y la dignidad humana.

Conclusiones

Analizada la noción de *derecho penal del enemigo* con base en algunas posiciones teóricas, así como las diversas manifestaciones que ha tenido para el caso colombiano, es válido proponer un derecho penal fundamentado en la constitución o un derecho penal del ciudadano como alternativa ante la vulneración sistemática de los derechos y garantías impulsada por la concepción de amigo-enemigo schmittiana en el campo jurídico. Es decir, un derecho amparado en el respeto de la dignidad humana que incluya y no vulnere y estigmatice a todos los sujetos. Un derecho que reconozca a todos los sujetos como miembros del Estado y les brinde las mismas oportunidades y garantías al momento de ser enjuiciados, dentro de un marco de legalidad y justicia. Un derecho que respete los principios y valores decantados por la dogmática y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos y deje claro las conductas que prohíbe y los procedimientos aplicables, pues la utilización de un lenguaje vago da lugar a lo que en derecho se conoce como *zona de penumbra*, que impide la comprensión de los tipos penales y dificulta su aplicación. El respeto por el principio de la libertad debe guiar las regulaciones punitivas y no debe permitirse la exclusión o negación de las personas bajo supuestos criminalizantes que discriminan a ciertos sujetos al darles un trato diferenciado, ya sea a favor o en contra, pues la diferenciación introducida por la ley penal contribuye a ampliar la brecha de exclusión de quienes sufren violaciones a sus derechos fundamentales y experimentan la crudeza de las condiciones que lleva consigo la pobreza. La penalización en el estadio previo o el adelantamiento de la punición a la etapa preparatoria, en muchos casos coarta la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y no logra

establecer criterios para distinguir la moral del derecho. Así, debe respetarse la proporcionalidad entre el delito y la pena atendiendo a los criterios de política criminal y a la especial protección de los bienes jurídicos fundamentales, pues casos como el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, que imponía la misma pena para el homicidio que para el secuestro extorsivo (art. 1 de L. 40 de 1993), dicen mucho respecto de la prioridad u orden jerárquico de los bienes jurídicos tutelados por el legislador en Colombia.

Ahora bien, es menester lograr alcanzar una clara diferenciación entre “política criminal” y “política a secas”. La primera orienta la actividad punitiva y selectiva de las conductas consideradas como atentatorias del orden y las expectativas comportamentales de los miembros de la colectividad, a efectos de ser sancionadas con penas acordes con los presupuestos constitucionales. La segunda hace referencia a la manera de entender las relaciones de poder y toca lo atinente con la conducción del Estado, su organización y las relaciones a establecer con la comunidad internacional, entre otras. Lo que no se puede confundir es tratar de resolver los problemas sociales que ameritan una intervención de orden económico, pedagógico o político, con una política orientada a criminalizar las manifestaciones de protesta, propias de la exclusión social o derivadas de la desigualdad, como si eso fuera la solución. De ser así, estaríamos confundiendo la causa con el efecto. No obstante, erigir un derecho penal con base en la dignidad humana no es suficiente, dado que hemos visto que el ejecutivo, con la complacencia del legislador e incluso de los guardianes de la Constitución, en sendos fallos ha desconocido flagrantemente las garantías constitucionales y, si se quiere, legitimado el actuar irresponsable del ejecutivo en relación con el respeto de la dignidad humana. Es bien sabido que la eficacia de un aparato normativo depende, en gran medida, de la manera como los altos tribunales lo materialicen. Por estas razones, consideramos que es necesario el activismo estratégico de los abogados y académicos en defensa de los derechos y garantías ante el menor atisbo de autoritarismo. En este sentido, el papel de la academia es fundamental en la expresión de posturas críticas frente a políticas estatales que de una u otra forma atenten contra las libertades públicas y privadas

Lo anterior implica una mejor formación y una fundamentación humanística de los abogados, además de conciencia sobre el papel que juegan como defensores del orden constitucional y garantes de la dignidad humana; a ello se suma la realización de estudios críticos que den cuenta de nuestros vacíos jurídicos, con el fin de no volver sobre los mismos pasos. Implica, además, la participación efectiva de los colegios de abogados, de los centros de estudios jurídicos y la decisión inamovible de defender las libertades y garantías procedimentales que conforman el debido proceso. Adicionalmente, es necesario insistir en el papel fundamental del activismo estratégico jurídico de las Cortes, pues ellas, a partir del denominado derecho de los jueces, juegan un rol indispensable en el control de la actividad legislativa, en el papel de los colectivos de abogados y en la fundamentación de demandas que emergen de los movimientos de la sociedad civil.

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio (2003). *Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida I*. Valencia: Pre-textos.
- AGAMBEN, Giorgio (2004). *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- ALTHUSSER, Louis (1975). *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*. México: ENAH.
- APONTE C., Alejandro (1998). *El estado de excepción*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- APONTE C., Alejandro (2006). *Captura y medidas de aseguramiento*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- APONTE C., Alejandro (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo*. Bogotá: Ibáñez.
- BARATTA, Alessandro (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- BAUMAN, Zygmunt (2003). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- BECK, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- BENAVIDES, Farid (2008). “Continuidad y discontinuidad en Carl Schmitt: excepción, decisión y orden concreto”. En *Normalidad y excepción en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*. Leopoldo Múnica (Editor). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pp. 51-83.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2007). *Política criminal de la exclusión*. Granada: Editorial Comares.
- BRUNKHORST, Hauke (2007). “Violencia, democracia y reconciliación”. En *Las Víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Guillermo Hoyos Vásquez (Editor). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 31-48.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias.
- CLAUSEWITZ, Karl Von (1972). *De la guerra*. Medellín: Editorial Zeta. (1832).
- CAMARGO, Pedro P. (2002). *Los estados de excepción en Colombia*. Bogotá: Leyer.
- CANCIO M., Manuel (2003). “¿Derecho penal del enemigo?”. En *Derecho Penal del Enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio M, (Editores). Madrid: Civitas. pp. 57-102.
- CANCIO M., Manuel (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”. En: *Jueces para la Democracia*. No 44. Julio. Madrid: Editorial Asociación Jueces para la Democracia. pp. 19-26.
- CNRR, Grupo de Memoria Histórica (2009). *La masacre de El Salado: esa guerra no era nuestra*. Segundo Informe de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Bogotá: Taurus/Semana.
- COTE BARCO, Gustavo E. (2010). *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- DURKHEIM, Emile (1995). *La división del trabajo social*. Madrid: Ediciones Akal.
- DUTRÉNIT, Silvia y VARELA, Gonzalo (2010). *Tramitando el pasado / Violaciones de los derechos humanos y agendas gubernamentales en casos latinoamericanos*. México: Flacso.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2006). “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”. En: *Revista Internacional Derecho*

- penal Contemporáneo*. Julio-Septiembre. No. 16. Bogotá: Legis. pp. 131-176.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
 - GARCÍA V., Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo (2006). “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”. En: ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Mauricio G. Villegas y Rodrigo Uprimny (Editores). Bogotá: Norma.
 - GARGARELLA, Roberto (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del hombre Editores.
 - GONZÁLEZ, Fernán; BOLÍVAR, Ingrid; y VÁSQUEZ, Teófilo (2003). *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: CINEP.
 - GUERRERO, Oscar J. (1988). *Carl Schmitt y la revolución legal del Tercer Reich*. En *Argumento*. No. 18-21. Bogotá: Fundación Editorial Argumentos.
 - GIRALDO, Jorge y MOLINA, Jerónimo (2008). *Carl Schmitt: derecho, política y grandes espacios*. Medellín: Universidad EAFIT.
 - HERNÁNDEZ, Diego (2008). *Liberalismo totalitario. Derecho, biopolítica y estado de excepción en Agamben*. En: *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*. Leopoldo Múnera (Editor). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pp. 85-108
 - HOBBS, Thomas (1992). *El Leviatán*. Buenos Aires: FCE.
 - HOBBS, Thomas (1987). *Antología (Del ciudadano)*. Barcelona: Península.
 - JAKOBS, Günther (2003). “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”. En: *Derecho Penal del Enemigo*. Günther Jakobs y Manuel Cancio M. (Editores). Madrid: Civitas. pp. 19-56.
 - JAKOBS, Günther (1999). La ciencia del derecho penal frente a las exigencias del presente. En: *Estudios de Derecho Judicial*. No 20. Galicia: Consejo general del Poder judicial. pp.119-146.
 - JARAMILLO M., Jefferson (2004). “Ética, Política y Republicanismo en Kant”. En: *Praxis Filosófica*. No 18. Cali: Universidad del Valle. pp. 101-114.
 - KANT, Immanuel (1993). *Metafísica de las Cosmologías*. Barcelona: Altaya.
 - KANT, Immanuel (1986). “En torno al tópico ‘tal vez eso sea correcto en teoría’ pero no sirve para la práctica”. En: *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos. p. 37.
 - KESSLER, Gabriel (2009). *Sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo XXI.
 - MUÑOZ CONDE, Francisco (2005). “El nuevo derecho penal autoritario: Consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo”. En: *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía.
 - MÚNERA, Leopoldo (2008). “Normalidad y excepcionalidad en la política”. En: *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*. Leopoldo Múnera. (Editor). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pp. 13-49.
 - OROZCO, Iván (2009). *Justicia Transicional en tiempos de deber de memoria*. Bogotá: Temis/ Universidad de los Andes.
 - OROZCO, Iván y Gómez, Juan G. (1999). “Peligro del nuevo constitucionalismo en materia criminal”. Bogotá: Temis/IEPRI.
 - OROZCO, Iván (1991). *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Temis.
 - PALACIOS, Marco (2003). *Entre la legitimidad y la Violencia. Colombia, 1875-1994*. Bogotá: Norma.
 - RANCIERE, Jacques (2006). *Política, Policía y Democracia*. Santiago de Chile: Lom.
 - RAWLS, John (1997). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
 - ROBIN, Corey (2004). *El miedo. Historia de una idea política*. México: FCE.
 - ROUSSEAU, Jean Jacques (1998). *El contrato social*. Barcelona: Altaya.
 - SANDOVAL, Jaime y ABELLO, Jorge (2006). Estudio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del estatuto de Roma. En: *Revista de Derecho*. No 26. Barranquilla: Universidad del Norte. pp. 137-204.
 - SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel (2007). “La criminalización en el ámbito previo, como tendencia

- político-criminal contemporánea. En: *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. No. 20 Julio - Septiembre, Bogotá: Legis. pp. 5-60.
- SCHMITT, Carl (2002). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.
 - SCHMITT, Carl (2001). Teología Política I: cuatro capítulos sobre teoría de la soberanía". En: *Carl Schmitt, teólogo de la Política*. Héctor O. Aguilar. (compilador). México: Fondo de Cultura Económica.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
 - URIBE, María Teresa (2001). *Nación, ciudadano y soberano*. Medellín: Corporación Región.
 - VEIRA G., Manuel A. (2008). *Régimen de libertad en el sistema acusatorio. Test de razonabilidad de la detención preventiva*. Cali: Leguin.
 - VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2005). "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana". En: *Revista de derecho penal y criminología*. No 15. Bogotá: Legis. pp. 197-220.
 - WEBER, Max (1977). *¿Qué es la burocracia?* Buenos Aires: La Pléyade.