



**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE DE SEVILLA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:
PRÁCTICA ANTAGÓNICO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

TESIS DOCTORAL

YENNESIT PALACIOS VALENCIA

Sevilla, España

2014

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:
PRÁCTICA ANTAGÓNICO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

YENNESIT PALACIOS VALENCIA

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
DOCTORA EN DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO EN EL PROGRAMA DE
POSTGRADO EN DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO DE LA UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE DE SEVILLA**

**DIRECTOR DE TESIS
Dr. VICENTE CARLOS GUZMÁN FLUJÁ**

Sevilla-España

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO

La Comisión examinadora abajo firmada, aprueban la tesis de Doctorado

**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL:
PRÁCTICA ANTAGÓNICO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Elaborada por
YENNESIT PALACIOS VALENCIA

Como requisito para la obtención del título de Doctora en
Derechos Humanos y Desarrollo

Comisión examinadora:

Prof(a) Dr(a).....

Prof(a) Dr(a).....

Prof(a) Dr(a).....

Prof(a) Dr(a).....

España, 2014



*Mundos
"Es un intento por mostrar
qué hay más allá
del mundo en que vivimos y sus límites
para acercarnos a la riqueza humana".
*Cesar E. Carvajal

DEDICATORIA

A mi FAMILIA, por el amor y unión que se hizo más fuerte a la distancia, en especial a mis padres, ROSARIO VALENCIA MARTÍNEZ y LEONIDAS PALACIOS SERNA, a mis hermanos LEONIDAS ANDRÉS PALACIOS VALENCIA por el apoyo constante, y a ALEXANDER PALACIOS VALENCIA porque a pesar de su enfermedad se mantuvo fuerte y me ayudó a continuar...

Al pequeño PHILIPPE, la semilla que florece, por las palabritas pronunciadas, aún sin “hablar”, porque el milagro de la vida en él está presente y por los besos que detrás de una pantalla llegaron justo al lugar que corresponde...

Esta tesis es producto de ellos, en tanto, “Yo soy porque nosotros sosmos”, y “Yo soy lo que soy porque todos somos”.

AGRADECIMIENTOS

Llegar a este constructo fue el resultado de la sumatoria de muchos pasos marcados, pues por el orden lógico de la vida un paso siempre irá acompañado del siguiente, por eso el “camino se hace al andar”.

En la construcción de este camino son muchas las personas que de manera directa o indirecta me han ayudada excelsamente a pisar, girar y continuar, por ello sería simple enunciar estas palabras sin antes expresar la gratitud obligada hacia ellas.

Siempre agradeceré a mi FAMILIA, mi piedra angular.

A mi director de tesis, el Dr. VICENTE CARLOS GUZMÁN FLUJÁ, porque sin él este resultado no hubiese sido posible; A JOAQUÍN HERRERA FLORES (q.e.p.d.) y ROSARIO VALPUESTA (q.e.p.d.), porque aunque siguieron otro camino encaminaron el mío.

Al coordinador del programa en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, JESÚS C. ABELLÁN, por toda su colaboración; al Vicerrector de Postgrados, el Dr. MIGUEL A. GUA y a todo el equipo colaborador de la Universidad Pablo de Olavide por su sentir cálido y afectuoso.

A la Universidad Pablo de Olavide y a las distintas corporaciones que me sirvieron de puente con becas y ayudas para poder culminar este proyecto; La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID); al Programa de Jóvenes Profesores e Investigadores para Iberoamérica del Santander y a la Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado (AUIP).

A todos los amigos y amigas que siempre han estado presente con una palabra, un abrazo, un gesto, una sonrisa, o simplemente con su silencio; y al profesor HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO, porque las primeras letras de esta tesis estuvieron guiadas por él.

Resumen

La tesis que aquí se expone, pretende visibilizar la actual tendencia del Derecho penal que utiliza los derechos humanos como excusa para legitimar medidas extremas de seguridad ante la moda del "riesgo". Soportando así, la base jurídica del modelo de Derecho penal de la seguridad ciudadana. Esta tendencia permite activar la justicia penal en diferentes ámbitos conflictuales cuando se trata de perseguir a los "enemigos". Hecho que por antonomasia trae como consecuencia directa violentar los derechos humanos con la creación constante de normativas que, paradójicamente, también los vulneran por la lógica de la persecución y el castigo.

Estos argumentos permitirán concluir que, se acude a un debilitamiento de las garantías penales en detrimento de los derechos humanos; los cuales son utilizados, bien, como herramientas para impulsar procesos emancipadores, o bien, como instrumentos para manipular el poder y justificar actos de barbarie por la exageración del poder punitivo. Situación que está transformando desde diferentes puntos de vista la concepción tradicional del Derecho penal violentando de manera flagrante la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho al ponerse en práctica lo que el profesor alemán, GÜNTHER JAKOBS, denomina: Derecho penal del "enemigo", (*Feindstrafrecht*). Discurso que se presenta como un elemento central en la comunidad internacional en la lucha contra el terrorismo y como una estrategia jurídico-política al interior de Estados democráticos. En efecto, es una práctica que también se viene fortaleciendo y traspasándose del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados como manifestación de soberanía al Derecho penal internacional.

Palabras claves: Derecho penal, derecho penal del enemigo, derechos humanos, derecho penal internacional, teoría crítica de derechos humanos, seguridad.

Abstract

This PhD research going to make evident the current trend in criminal law where human rights are used as an excuse to legitimize extreme security measures in response to the “danger” craze. It is a trend that supports the legal basis for a kind of criminal law focused on public safety, one that facilitates criminal justice in different areas when it comes to pursuing “enemies,” which sometimes results directly in a violation of human rights, with the constant creation of rules that paradoxically also threaten those rights by virtue of the logic behind the punishment.

For this reason the criminal guarantees or safeguards are weakened to the detriment of human rights, which are used either as tools to promote emancipation processes or as instruments to manipulate power and to justify barbaric acts stemming from an exaggeration of punitive power. This situation is transforming from different points of view the traditional conception of law, flagrantly violenting the human dignity as central axis of the Social State of Right, putting in practice what the German profesor, GÜNTHER JAKOBS, denominates: Criminal law for the enemy (*Feindstrafrecht*). Discourse which is presented as central in the international community in the fight against terrorism and as a legal-political strategy to the interior of democratic States. In fact, this practice is being fortified and transferring from the exercise of *ius puniendi* of the States as manifestation of sovereignty to the international criminal Law.

Keywords: Enemy criminal law, human rights, international criminal law, critical theory of human rights, rule of law, security.

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ART	Artículo
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derecho Humanos
CIEs	Centros de Internamientos
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CSONU	Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas
DD.HH	Derechos Humanos
DPI	Derecho Penal Internacional
ES	Estatuto de Roma
ELN	Ejército de Liberación Nacional
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
LEEE	Ley Estatutaria de Estados de Excepción
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
UE	Unión Europea

SUMARIO

CARTOGRAFÍA DEL “ENEMIGO”	14
INTRODUCCIÓN	21
IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y SUS BASES METODOLÓGICAS COMO PUTO DE PARTIDA	21
ESTRUCTURA PROPUESTA	27
CAPÍTULO I. DOCTRINA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	33
1.1. Sobre el origen de la doctrina del derecho penal del enemigo	33
1.1.1. Características del derecho penal del enemigo	36
1.2. Derecho penal del enemigo en la teoría de la inocuización selectiva	41
1.2.1. Diferencias entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano	49
1.2.1.1. Sobre el concepto de persona en derecho y el enemigo no-persona	53
1.2.2. Los destinatarios de expectativas normativas en diálogo con la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN	55
1.2.3. La defensa del Derecho penal <i>versus</i> destinatarios de expectativas normativas	59
1.3. Paso de un derecho penal del acto a un derecho penal de autor	64
1.4. El derecho penal del enemigo: un retroceso en la historia	72
1.4.1. Derecho penal del enemigo en el nacionalsocialismo y el franquismo	81
1.4.1.1. El nacionalsocialismo y las no-personas en derecho	82
1.4.1.2. Identificación del derecho penal del enemigo en el Franquismo	100
CAPÍTULO II. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS DEL ENEMIGO No- PERSONA	120
2.1. La excluyente vida del inmigrante	123
2.1.1. La nuda vida: deshumanización hecha persona	131
2.1.2. La satanización del “Otro”	141
2.1.3. Securitización de las fronteras como lucha contra el enemigo	145
2.1.3.1. La inmigración como fenómeno que atenta contra la seguridad ciudadana	155
2.1.3.2. Muriendo en vida en una cárcel sin barrotes	158
2.2. Lo penal, “lo divino”, lo glorificado, lo mejor inventado	164
2.2.1. El ataque penal como respuesta al riesgo: el regreso al <i>Labelling Approach</i>	174
2.2.2. El peligro de la “seguridad”	180
2.2.2.1. Derechos y contraderechos: seguridad colectiva <i>versus</i> libertad de circulación	184
2.3. El inmigrante como enemigo-delincuente y la “penalización” de las fronteras: a propósito de los centros de internamiento en España	193
2.3.1. La complementariedad de los CIEs con el sistema jurídico penal español	205

CAPÍTULO III. DERECHO PENAL Y PROCESAL DEL ENEMIGO: ESTUDIO DE CASO COLOMBIA	208
3.1. Los derechos humanos: un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado colombiano	210
3.1.1. La aplicación de un derecho penal y procesal del enemigo bajo la doctrina de la seguridad nacional	212
3.1.1.1. La historia del enemigo en el contexto colombiano	220
3.1.1.2. La paz no interesa en la lucha contra el enemigo	227
3.1.1.3. Las características propias del derecho penal y procesal del enemigo el contexto colombiano	237
3.1.1.3.1. Derecho penal de emergencia como derecho penal del enemigo: el exceso de los estados de excepción	250
3.1.1.3.2. Estrategia de debilitamiento político y militar de las FARC, <i>versus</i> el paramilitarismo en la lucha contra el terrorismo	261
3.1.1.3.2.1. Los llamados “falsos positivos”	281
CAPÍTULO IV. HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL	286
4.1. La persona humana como sujeto de derecho internacional	287
4.2. Cambio en la concepción de Soberanía de los Estados	288
4.3. Los tratados internacionales como fuentes de derecho internacional	293
4.3.1. Proceso de creación de tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969	295
4.4. Principios Generales del Derecho Internacional	299
4.5. Proceso de humanización del derecho internacional	301
4.6. Derecho internacional público y áreas conexas	302
4.6.1. Derecho penal internacional: malestar identificado	302
CAPÍTULO V. PRECEDENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: MARCO JURÍDICO-POLÍTICO	304
5.1. Primeras iniciativas de la idea de una Corte Penal Internacional	309
5.1.1. La Segunda Guerra Mundial	315
5.1.2. Campaña por un Tribunal Penal Internacional	316
5.2. Creación de Cortes Penales Internacionales	318
5.2.1. El Tribunal Penal Militar de Nüremberg	320
5.2.1.1. Objeciones al caso Nüremberg	324
5.2.2. El Tribunal Penal Militar de Tokio	332
5.2.3. Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Rwanda	333
5.3. Los Tribunales Penales Internacionalizados	339
5.4. La Jurisdicción Universal como alternativa en la lucha contra la impunidad	342
5.5. Constitución de la Corte Penal Internacional	347
5.5.1. Competencia, composición y finalidad	348
5.5.2. Primer Caso Fallado por la Corte Penal	359

**CAPÍTULO VI. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL** 367

6.1.	Punto de partida: La responsabilidad penal internacional	367
6.2.	Relación necesaria entre los derechos humanos y el derecho penal internacional	369
6.3.	“El negocio de los derechos humanos”: el pretexto para vigilar y castigar	374
6.3.1.	Atacar al otro: la hipocresía de la paz y la seguridad internacionales	380
6.3.1.1.	La guerra la industria más rentable	382
6.4.	Los que tienen poder para “poder hacer”: el caso de la Base de Guantánamo	389
6.5.	El Derecho Penal Internacional: una Estrategia para reducir peligros en la sociedad del riesgo	399
6.6.	El discurso de la emergencia como detonante del derecho penal del enemigo en el poder penal internacional	404
6.7.	Operatividad del Derecho penal internacional como herramienta de poder en la aplicación del derecho penal del enemigo	417
6.7.1.	Las Naciones Unidas un campo de acción efectivo para aplicar un derecho penal del enemigo en el marco de la Corte Penal Internacional	417
6.7.1.1.	Las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional	418
6.7.1.1.1.	Condicionamiento de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de la ONU	420
6.7.1.1.2.	El papel de los Estados Unidos en la Justicia Penal Internacional	422
6.7.1.2.	Críticas doctrinarias	431
6.7.1.3.	Otros aspectos que deben ser valorados	436

**CAPÍTULO VII. TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICA A LA
DOCTRINA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO** 441

7.1.	Venciendo el miedo: a propósito de la teoría crítica de los derechos humanos	445
7.1.1.	La teoría crítica como marco revolucionario y emancipador	449
7.1.1.1.	Elementos que componen la teoría crítica como metodología de acción multidisciplinar	460
7.2.	¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?	464
7.2.1.	Visibilizar	470
7.2.2.	Desestabilizar	474
7.2.3.	Transformar y des-pensar	477
8.	REFLEXIONES FINALES	482
9.	BIBLIOGRAFÍA	501
10.	ANEXO	544

LISTA DE ILUSTRACIONES

ILUSTRACIÓN No 1. DINÁMICA DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	35
ILUSTRACIÓN No 2. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DE CIUDADANO	49
ILUSTRACIÓN No 3. ATAÚDES PREPARADOS PARA LAS VÍCTIMAS DEL NAUFRAGIO DE LAMPEDUSA	123
ILUSTRACIÓN No 4. DOS MUNDOS DISTINTOS	129
ILUSTRACIÓN No 5. MAPA FRONTEX	148
ILUSTRACIÓN No 6. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LOS CIEs EN ESPAÑA	197
ILUSTRACIÓN No 7. LÍNEA EN EL TIEMPO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA	225
ILUSTRACIÓN No 8. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE TERRORISMO	265
ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU)	265
ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)	267
ILUSTRACIÓN No 9. ELEMENTOS DETERMINANTES EN LA CONFIGURACIÓN DEL <i>CORPUS IURIS</i> DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	306
ILUSTRACIÓN No 10. VÍCTIMAS DE LA II GUERRA MUNDIAL	322
ILUSTRACIÓN No 11. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	338
ILUSTRACIÓN No 12. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALIZADOS	340
ILUSTRACIÓN No 13. JURISDICCIÓN UNIVERSAL	346
ILUSTRACIÓN No 14. CORTE PENAL INTERNACIONAL	353
ILUSTRACIÓN No 15. RADIOGRAFÍA DE LA PENA DE MUERTE	392
ILUSTRACIÓN No 16. SEMÁNTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	462
ILUSTRACIÓN No 17. LA DIGNIDAD HUMANA COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO	471
ILUSTRACIÓN No 18. VISIÓN COMPLEJA, INTEGRADA, RELACIONAL Y DE APERTURA DEL DERECHO	476
ILUSTRACIÓN No 19. ESPACIOS DE LUCHA POR LA DIGNIDAD	478

CARTOGRAFÍA DEL “ENEMIGO”

*Sueños e ilusiones a diario decapitadas, la ambición por el poder;
el chantaje de la guerra, un choque de civilizaciones nada mesurado;
los derechos humanos: sombras de batallas olvidadas
que intentan ser regeneradas,
aspiraciones burladas con el antifaz de la democracia,
que a ratos viene y a ratos va,*

*La militancia se hace urgente y los poderosos más sedientos,
con sed de poder, sed de control, sed del que todo lo puede.*

*Las voces desesperadas gritan; los derechos humanos son tronados
con trompetas falseadas que en medio de trampas fingen.
La lucha continua y las reivindicaciones son la consigna,
de lo contrario podría ser el fin...*

*Se puede entender el presente, pero sólo volviendo al pasado;
las huellas de la victoria nunca serán gratuitas,
pero el cansancio se apodera de los que gritan.*

*Las reivindicaciones, el arma más poderosa
para empoderar los derechos humanos,
al tiempo que se comete el sacrilegio de hacerlos el mejor negocio posible.*

*Los derechos humanos se vuelven la “trampa” de los propios derechos humanos;
Yace una impostora consigna con promesas abandonadas,
todos gritan, todos quieren vivir con dignidad,
el grito es silenciado, a ratos se escucha, a ratos se gana,
pero tan sólo puede ser una batalla,
¡Es el festín del negocio perfecto!*

*Sin los “glorificados” derechos humanos a diario vulnerados, el “negocio” sería
Otro. Cada crisis, época tras época, colapso tras colapso,
sin ellas, el “negocio” no podría mantenerse.*

*Resiste una bandera rimbombante que enceguece y ensordece,
ve lo que quiere ver y escucha tan sólo lo que quiere escuchar,
para hacer de los súbditos lo más humildes servidores.*

*Fugaz huella han dejado las luchas, y los militantes ya cansados están.
Pero no ceses amigo lector, la regeneración subyace latente,
la ceguera no siempre ciega estará,
y el poder no siempre en las mismas manos permanecerá,
la verdadera lucha aún espera, para por fin la batalla ganar.*

*La reivindicación es el aquí, es el ahora,
para que –el hacer– sea el hoy y no un mañana,
típico distractor de un después hacía el futuro
perdido en tristes textos de promesas rotas e incumplidas.
Yennesit Palacios V.*

La Segunda Guerra mundial (*el shoá*), nos enseñó qué puede pasar cuando se es “enemigo”, y peor aún si es durante la guerra. A pesar del modo “ilustre” en que se vende la idea de democratización, el derecho romano nos heredó su versión del *hostis*, –no obstante su uso obsoleto– a la modernidad, con una dosis sutil de legalidad; donde el indeseado, extraño y extranjero enemigo, o en suma, la Otredad, son calificativos tan comunes que se usan con desdén personificando la historia pasada con otros nombres y protagonistas, aunque la esencia parece seguir siendo la misma. Las constantes normas de antimigración en países europeos dan fe de ello. La inhumanidad es la “voz cantante” de la llamada postmodernidad.

Las diferentes problemáticas que azotan el mundo –lejos de armonía social–, incitan a interiorizar un mar de incertidumbre por el estado de un mundo caótico envuelto en crisis. Caos que afecta los derechos humanos de los desesperados, colectivos que padecen afectación constante en su dignidad. Desde América Latina, hasta África y Europa, parece que nadie escapa al caos que provoca ver todo al revés; quimera que permite fabricar los diferentes enemigos, endureciendo las leyes bajo la luz del Estado Social de Derecho.

Niños y niñas a diario mueren de hambre; mujeres que dan a luz en las calles porque la miseria en la que viven no les da derecho a parir con dignidad; diariamente a niños y niñas nacidos en territorios diferentes al de sus padres se

les niega el derecho humano a la nacionalidad, pues el drama fácilmente se resuelve en el *ius sanguinis* para impedir que adquieran la nacionalidad del país receptor; recibiendo así, por herencia de sangre, la etiqueta de inmigrante “ilegal” y por tanto enemigo del sistema.

Apareciendo un discurso represivo que repudia a un colectivo para castigar la violencia emanada de “la plebe” y no dejar ninguna duda, a quién debe identificarse como los excluidos y enemigos del sistema. Según el punto geográfico recibirán una denominación específica, pero el recelo será siempre el mismo: indigentes, desechables, homosexuales, negros, maleantes, prostitutas, etc; hasta llegar al inmigrante con sus múltiples facetas (delincuente, mendigo, vagabundo, sudaca, “ilegal”, etc). Todos ellos tienen en común la forma como la sociedad los excluye en la moderna forma de perseguir a los “enemigos”.

Como corolario, centros de detención se legitiman en la ilegalidad; detenidos pierden sus derechos fuera de su país de origen por ser indeseados/terroristas y los primeros sospechosos a contrarrestar; así se gana el premio a permanecer sin juicio en un inexcusable limbo jurídico. La Base de Guantánamo es una histografía que lo ilustra con bastante claridad.

Estados que colonizan territorios foráneos y los vuelven territorios ocupados; por la desesperanza cientos de personas intentan cruzar de un lado del mundo a otro, incluso arriesgando la vida bajo la “ilegalidad”, convirtiéndose esto en el drama de los miles de inmigrantes que muchas veces mueren en el intento; fiel retrato de que la visión del *hostis* al mejor estilo romano sigue viva.

Armas atómicas que siguen siendo el pretexto de los poderosos incitados a la acción para atacar a los “enemigos”; no hay guerra agresiva que no diga ser guerra defensiva, diría GALEANO. Espantosos crímenes se comenten no siendo suficiente el empleo de la fuerza. Ante la pasión por la riqueza una multipolaridad inunda el discurso de la hegemonía mundial imponiendo quién tiene mayor control económico y militar. La guerra y la lucha antiterrorista se convierten en la industria más rentable para desequilibrar al “enemigo”.

Los “nuevos riesgos” incitan constantemente a la aparición de una sensación de inseguridad o pánico colectivo; terror que a diario es infundido por el poder que tienen las palabras, calculando minuciosamente la trampa mezclada en el mensaje provocando el efecto rebote esperado. Hay de “todo en todo”; precisamente la maquinaria de la masificación funciona como forma de manipular, cual “*notitia criminis*” en los medios, articulando el mensaje que hipnotiza con la realización de varias operaciones:

Hay que comenzar por arrancarlos de donde se hallan insertos, deshacer su trama y su urdimbre hasta destruir su estructura. Luego hay que igualar las partes resultantes, lo que en general se efectúa machacándolas y cribándolas, hasta reducirlas a partículas pequeñas. Por fin todo queda convertido en una masa uniforme, que es preciso encerrar en bolsas, recipientes o moldes, a fin de que no se disperse como el polvo. Esa materia resultante es susceptible, entonces, de numerosas manipulaciones. No puede ya tener verdadera vida; pero, en cambio puede ser moldeada, mejor o peor, según la materia de que se trate.¹

Así se fabrican nuevas necesidades por la persuasión efectiva que logra el mensaje transmitido, y se llega entre otras cosas, a la fácil tarea de aumentar las penas, tipificando delitos de peligro abstracto, legitimándose un derecho penal de máxima intervención en contraposición a un Derecho penal minimalista y de *ultima ratio*, para contrarrestar los supuestos enemigos peligrosos en la sociedad del riesgo.

Con el despropósito del temido riesgo no podrían faltar los países que invaden otros, sin el más mínimo respeto de la soberanía bajo la lógica de la seguridad. Paradigma que convierte el “lema de la seguridad” en un arma mortal que, paradójicamente, santifica la constante búsqueda de la paz en las Naciones, y así, los derechos humanos terminan siendo el mejor “negocio” del poder hegemónico donde los mismos no son reivindicados.

Los Tribunales y las organizaciones internacionales intervienen para proteger los derechos humanos, pero la retórica del sistema donde los poderosos tienen poder para “poder hacer”, incitan al descontento y a la pérdida de

¹GOYTISOLO, Juan Vallet. *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus, 1968, p. 37.

credibilidad en las vías jurídicas que intentan aceleradamente luchar contra la impunidad. Excusa primaria para inventar enemigos y aniquilarlos por la tendencia de la moderna “agencia penal”, pues la maquinaria estatal necesita siempre de un culpable, y cuando no, es inventado, pues los crímenes más graves no pueden quedar sin castigo!

Esta es la punta del *iceberg* que legitima la campaña propagandística como axioma para apoyar el combate y no sólo jurídico, contra el “enemigo”, aprovechando el caos y las distintas crisis que parecen ser la característica más peculiar del modelo de sociedad actual que encripta las respuestas visibles haciéndolas invisibles a los ojos de los indignados que, ciegamente, creen en las tantas hazañas políticas como réplica de la forma circular en la que se mueve el poder, el cual engendra la enseñanza de perseguir y castigar a todo aquel que sea “enemigo” del sistema. Por ello la prioridad siempre será financiar armas para luchar contra los “hostiles”.

La regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, avanza de manera tan acelerada que perpetúa la pobreza aunque se actúe bajo la rúbrica de cumplir los objetivos del milenio. El resultado, dos mundos distintos marcados por la línea divisoria de la miseria y la riqueza, ambas en una desbalanza irreconciliable.

Desempleo, salarios desproporcionadamente bajos en relación al nivel de vida en aumento, recortes educativos, etc; todos son factores de retrocesos que impulsan los procesos de exclusión social por las diversas formas de totalitarismo desde la aparición del capitalismo: “(...) Mutilan al trabajador convirtiéndolo en un fragmento de ser humano, lo degradan haciendo de él un apéndice de la máquina, aniquilan con la penosidad del trabajo el sentido de éste, arrebatan al trabajador las potencialidades intelectuales del proceso de trabajo, en la medida en que a éste se le incorpora la ciencia como potencialidad independiente”.² El resultado,

²CHOMSKI, Noam. “Apuntes sobre el anarquismo, el marxismo y esperanzas sobre el futuro. teoría a la práctica”. En GUÉRIN, Daniel. *El anarquismo*. Buenos Aires: Ediciones Utopía Libertaria,

más pobreza, exclusión, y sobre todo desigualdad desmedida; así, la explotación del hombre por el mismo hombre aún pervive y no da señales de marchar hacia atrás.

Asistimos a una época donde la “política debe la poderosa expansión del campo de sus posibilidades, al Derecho y al dinero. Aunque también la autorepresentación de la política (la retórica), la exposición de las buenas intenciones y los delitos cometidos por los adversarios, extraen su vino de estas viñas”.³ Contexto que a su vez estimula la etiqueta para los marginados y enemigos, personas “desviadas”, vistas como “subnormales” que están más cercanas al crimen, aún cuando lo que abunda son delitos de cuello blanco que muchas veces quedan impunes, esto es, la fórmula “política” de la política: saqueos perpetrados por altos funcionarios, peculados, desfalcos cometidos por políticos corruptos, delitos contra el patrimonio que no son cometidos, precisamente, por ese amplio grupo de los enemigos peligrosos que al mejor estilo lombrosiano les persigue la etiqueta de nacer y vivir propensos al crimen.

La exigencia sigue siendo la misma, vivir, pero con dignidad. La apuesta es, por empoderar los derechos humanos desde abajo, un discurso transformador que aboga por hacer visible lo “visible” bajo el lente de los marginados, pero invisible a los ojos de los poderosos. Es igualmente un intento por construir aportes críticos que impulsen un despertar en el pensar humano, para des-pensar las ideas superpuestas y apostarle a la reinención de los derechos humanos, donde los

1970, p. 21. (Versión revisada de la introducción a *Anarchism; from theory to practice*. New York, Monthly Review Press.). Postura similar desarrolla la socióloga SASSEN, sobre todo por el valor degradado de la población inmigrante en el plano laboral. No sobra advertir que, los circuitos transfronterizos en los que se mueve la inmigración, afectan de manera especial a la mujer, funcionan de manera rentable y generan beneficios a costa de quiénes están en condiciones desventajosas; personas que por habitar en la miseria son consideradas con bajo valor social. –Por ello desde la postura que se desarrollará también en este estudio, los y las inmigrantes terminan viviendo bajo el *status* de la no-persona–. Cfr. SASSEN, Saskia. *Una sociología de la globalización*. María Victoria Rodil, (Trad.). Buenos Aires: Katz, 2007, p. 136, 167. SASSEN, Saskia. *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de sueños, 2003, p. 17 y ss; SASSEN, Saskia. *El espectro de la globalización*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 17.

³LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Versión al español: *El derecho de la sociedad*. Javier Torres Nafarrate (trad), México: Editorial Herder, 2005, p. 304.

excluidos tengan cabida en un orden democrático respetuoso de las diferencias, para que la vergüenza no sea la causante de imposibilitar la acción ante la represión, para construir escenarios de lucha pero sin guerra.

(...). Si estoy herido, si tengo hambre, si —en mi carne y en mi espíritu— sufro la humillación de la miseria, siento dolor. Como espectador del sufrimiento infligido a otro ser humano, experimento en mi conciencia un poco de su dolor, que despierta mi compasión, suscita un impulso de solicitud, me abrumba también de vergüenza. Y me veo empujado a la acción. ZIEGLER, Jean. (El imperio de la vergüenza).

I. INTRODUCCIÓN

IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y SUS BASES METODOLÓGICAS COMO PUNTO DE PARTIDA

“Lo que pretende una auténtica revolución es transformar la realidad que propicia un estado de cosas que se caracteriza por mantener a los hombres y mujeres en una condición deshumanizante”.

PAULO FREIRE

Esta investigación tiene sus bases metodológicas por necesidad histórica, revolucionaria y reflexiva en la teoría crítica de los derechos humanos,⁴ como forma razonada de sensibilizar sobre lo humano, propuesta alternativa a las formas tradicionales de ver el mundo más allá de las estructuras dominantes, pues una teoría crítica de derechos humanos denuncia y revela los malestares de la época, primero visibilizando y luego desestabilizando lo que se nos pone en evidencia de forma anómala, para finalmente poder recrear y transformar lo que en la práctica se muestra como realidades inmodificables.

Se pretende problematizar para transformar las acciones puestas al servicio de la misma sociedad, pero evidenciando la realidad con sus riesgos como punto de partida para militar en procesos culturales emancipadores, en acciones sociales de *de/construcción*, como vía alterna de resistencia política a los procesos hegemónicos en función de una posible superación, en ese pensar la historia para reconstruirla y superarla.

Esta investigación, por tanto, tendrá como base la corriente de la teoría crítica de los derechos humanos como metodología de acceso a la realidad, que nos pone en contacto con la historia, nos exige el contexto, y nos exige superar dogmatismos y construir posibilidades de crítica al conjunto de interpretaciones

⁴Propuesta teórica desarrollada en el Programa Oficial de Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, impulsada en su momento, por el que fuese su más fuerte propulsor, el maestro JOAQUÍN HERRERA FLORES.

dominantes.⁵ Supone una determinada antropología: estar en el mundo (y serlo) para “aprenderlo” socialmente y comunicarlo liberadoramente⁶, lo cual implica asumir el derecho no como un dogma, sino como una herramienta de lucha por la dignidad y la libertad.

Proceso que a su vez intentará problematizar y controvertir acciones que han sido toleradas y concebidas por el poder hegemónico, como fórmula para reivindicar las garantías que han sido conquistadas a lo largo de la historia. Y aún más, como formula ADORNO en *pensar contra la barbarie*, se quiere “hacer visible y recordar lo que no está a la vista: el sufrimiento pasado y la posibilidad de lo otro frente al *statu quo* existente”.⁷

El problema que aquí se quiere visibilizar, es lo que en la praxis se ha denominado derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), situación que pone al descubierto muchas facetas que han estado en el derecho desde décadas pasadas, pero justificadas en la defensa de los derechos humanos, aún siendo una práctica atangónica a los mismos, al validar tratamientos degradantes para sujetos que catalogan como no-personas, –porque se ha considerado, aún en la actualidad–, a un determinado colectivo como indeseables peligrosos, esterotipos que están reviviendo el discurso muerto de las teorías del etiquetamiento (*abelling approach*), que antes justificaban un manejo diferenciado desde el Derecho penal para quienes no merecían el tratamiento como persona.

Por antonomasia, todos estos estereotipos fundamentados en la antropología criminal, se han visto presente a lo largo de la historia con distintas denominaciones y con una construcción jurídica convicte para legitimar el discurso “oficial” sobre el “enemigo”. Influencia que de una manera u otra, ha nutrido el sistema penal actual, ya que se radicaliza la difundida enseñanza, según la cual, “la prevalencia de los delitos de peligro abstracto puestos a tutela de

⁵HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso Cultural*. Materiales para la creatividad humana, Sevilla: Aconcagua Libros, 2005, p. 85.

⁶GALLARDO, Helio. “Teoría crítica y derechos humanos: Una lectura latinoamericana”. En *Revista derechos humanos y estudios sociales*. Núm. 4, Julio-diciembre, 2010, p. 88-89.

⁷ZAMORA, José Antonio. *Pensar contra la barbarie*, Madrid: Trotta, 2004, p. 129.

intereses supraindividuales, sea el *quid* de la modernidad en el Derecho penal”.⁸ Así, el reclamo dado por la sociedad se traduce en un Derecho penal cuya prioridad es la seguridad, ante el mito creado de que la solución está en la represión y castigo, fenómeno que se traduce en la era de la *globalización punitiva*.⁹

En este sentido se ha extendido la teoría del Derecho penal “del enemigo”,¹⁰ del profesor alemán, GÜNTHER JAKOBS (1985), como un rasgo catalizador que viene acompañando al Derecho penal¹¹ desde hace algún tiempo,

⁸ GIUNTA, Fausto. “¿Qué justificación para la pena?. Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos”. Luís Arroyo Zapatero, y otros (Coords.), *En Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de Siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 177.

⁹ PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución. El cadáver insepulto de Lombroso. Reexaminando el derecho penal*. Aconcagua: Universidad del Aconcagua, 2009, p. 30.

¹⁰ JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del Enemigo*. Navarra: Cuadernos-Civitas, 2ª edición, 2006, p. 39.

¹¹ Al respecto, diversas críticas vienen suscitándose, sin ánimo de extenderme en esta lectura, puede consultarse a: AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, 34. Madrid: Dykinson, 2007. p. 82 y ss. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Prólogo de Juan Bustos Ramírez. Barcelona: Ariel, 1984, p. 98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad de Santo Tomás, 2006, pp. 212-213. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza”. L. Reyna, S. Cuaresma, (coords.), *En Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgo y seguridad*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2008, pp. 18 y ss. WACQUANT, Lïc. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona: Gedisa, 2010, 25 y ss. GIORGI, Alessandro de. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Brandariz García, José y Bouvier Hernán. (Trads.), Madrid: Traficante de Sueños, 2006, pp. 74-76. SILVA SANCHEZ, Jesús. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 162-165. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 57-59. ZAFFARONI, Eugenio R. *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*. Buenos Aires: Bdef, 2005, pp. 153-177. MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: 2da ed, Hamurabi, 2008, p. 121 y ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”. En *Revista electrónica de Ciencias penal y criminología*, 2007, nº 09-01, pp. 1-18. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>. [Consultado agosto 21 de 2011]. DÍEZ RIPOLLES, José. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007, pp. 136-138. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi (trad.), Madrid: Trotta, 1999, pp. 131-137. GRACIA MARTÍN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 07-02, pp. 1-43. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. [Consultado enero de 2011]. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo*

estimulado por las necesidades de lo que hoy dice llamarse la sociedad del riesgo, usando extralimitadamente políticas de seguridad. Apareciendo en mi concepto, un déficit grave por la manipulación mediática del Derecho penal, al cual se le otorga una cierta ciudadanía jurídica y se le dota de una apariencia de legitimidad,¹² impulsando mareas legislativas que se apoyan en la constante utilización de estados de excepción esencialmente para justificar desde el Derecho un tratamiento no acorde a la dignidad humana de los estigmatizados como “enemigos”, al considerar a aquel, no-persona, por ser un sujeto que vulneró y visto hacía el futuro, prospectivamente, seguirá vulnerando la norma vigente.

Ideología punitiva que se presenta de manera persistente en Estados democráticos; por esta razón, nunca puede hacerse historia de los discursos sobre el castigo penal porque los mismos no pertenecen al pasado ya que están siempre vivos. Pero se reformula la metáfora: “están dormidos pero en determinadas circunstancias históricas favorables a ciertos grupos de poder los despiertan con toda la fuerza”.¹³ Situación que llama la atención de manera obligada, para poner en diálogo los derechos humanos como requisito *sine qua non* para los Estados en el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto que, se ha consolidado la época de humanización del Derecho.

En consecuencia, lo que aquí se confronta no es una cuestión referida única y exclusivamente al Derecho penal, pretensión primaria para alertar y manifestar el choque que emerge entre el Derecho penal y los derechos humanos, tensión que debe integrarse conceptual e históricamente como un fenómeno multicausal, de ahí que sea también, un estudio capital que confronte la criminología y la política criminal como áreas conexas para desarrollar un análisis

postmodernista, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 343-354, 41. En Este último caso Portillas se refiere al nuevo sistema represivo como un no-derecho. Fase en la que no se trata solo de disciplinar sino de controlar y excluir del espacio físico y moral a las “clases peligrosas” que contaminan a los sectores productivos. La comunidad de inmigrantes es un ejemplo por antonomasia.

¹²FERRAJOLI, Luigi. “El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho”. *Jueces para la democracia*, 2006, n.º. 57, pp. 5-6.

¹³PARMA, Carlos y MANGIAFICO, David. Op. Cit, p. 34.

holístico en la visión compleja de entender y reivindicar los mismos derechos humanos.

Al respecto, la criminología crítica viene demostrando que el discurso jurídico-penal se plantea como falso, pues el Estado no lo observa¹⁴. En efecto, se presenta una discrepancia: un Derecho penal ideal orientado hacia el logro de fines axiológicos como la justicia, moderación en los castigos, y solidaridad incluso con el disidente, frente a un Derecho penal real que pone especial acento en aplicar castigos excesivos, y por tanto injustos, y recluir en prisión para anular, en lugar de internar para readaptar. El resultado ha sido entonces que al criminal se le trata más como enemigo que como semejante.¹⁵

Estos malestares también obligan a ver el direccionamiento en la materia desde la sociología jurídica, siendo un debate tanto jurídico como político, puesto que, “en el contexto social de la sociedad y el derecho, aparecen en condiciones modernas, tensiones que han sido poco analizadas (y aún menos entendidas). Tal vez, el problema más importante resida en las todavía crecientes exigencias en cuanto a la autorealización individual, ante las cuales parecen fracasar los medios clásicos liberales de formación”.¹⁶

Por eso esta tensión está guiada por una discusión tanto jurídica como política, en una relación intrínseca e interdependiente de causa-efecto, andamiaje que da luces al desarrollo de la dogmática penal, en tanto estudio necesario, más no suficiente, en la creación de políticas integrales, que tengan como punto de partida los derechos conquistados para no vulnerar las garantías propias del Estado Social de Derecho. Punto crucial para evitar el desmoronamiento del que pueden ser objeto.

¹⁴ PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. *Criminología contemporánea Introducción a sus fundamentos teóricos*. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1era ed, 2012, p. 22.

¹⁵Ibid, p. 22.

¹⁶Cfr. LUHMANN, Niklas. Op. Cit, p. 414.

Aunque visto desde la perspectiva del sistema jurídico trazada por LUHMANN, la fórmula del Estado de Derecho es una tautología grandiosa: "*The law and the rule cover the same ground*", y aún siendo "obcecada", pues se dirige contra las intromisiones de la política, el derecho es un instrumento que posibilita la realización de fines políticos. En resumen, se encuentra sólo disponible como ámbito político de acción, cuando y hasta dónde el sistema político le permita al derecho realizarse como Derecho.¹⁷ Nótese por ejemplo que, actualmente los derechos humanos aunque en la época de mayor esplendor, después de la garantías muy bien reflejadas con la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, producto de un proceso reivindicatorio de las luchas sociales, atraviesan por un serio período de crisis que se ve reflejado en una manifestación ingenua de los mismos, pues la teoría y la praxis de aquellos son un choque incesante.

Esta problemática se agrava si se traspasa el análisis al ámbito internacional, pues como se propone en este estudio, la tesis principal es que estos rasgos que debilitan el modelo de Estado de Derecho con la práctica del derecho penal del enemigo, también pueden identificarse en el sistema, cuando se habla del más bien naciente, derecho penal internacional,¹⁸ que tiene su foco o punto de partida al finalizar la Segunda Guerra Mundial,¹⁹ adquiriendo su mayor expansión, actualmente, cuando se habla de la internacionalización del poder punitivo.²⁰

Es en este sentido que, para poder compaginar la teoría con la praxis y fundamentar el debate que aquí se expone, el hilo argumentativo tiene como base

¹⁷Por ello la fórmula Estado de Derecho, expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz –la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza– está asegurada en otra parte: en el sistema político. Ibid. pp. 303-304.

¹⁸GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Prologo de José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 1999, p. 27.

¹⁹TORRES PÉREZ, María. *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*. Valencia: Tirano lo Blanch monografías, 2008, p. 33.

²⁰PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional. Una aproximación crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006. p, 23.

un proceso de indagación histórico-conceptual e interpretativo, de las dinámicas de transformación del Derecho penal hasta llegar al surgimiento del Derecho penal internacional.²¹ Interacción que permitirá comprobar cómo a lo largo de la historia, la actual doctrina del derecho penal del enemigo, siempre ha estado presente de manera oculta también en el proceso de creación del derecho internacional. Escenario que ha utilizado los derechos humanos como un pretexto en el discurso para justificar prácticas no acorde a derecho.

Por ello el centro del debate girará entorno a dos contextos distintos, pero interrelacionados entre sí, esto es, el desarrollo jurídico-penal de diversas legislaciones que en este estudio son catalogadas como represivas, por estar en flagrante contradicción con la defensa de los derechos humanos. Y por otra parte, bajo el mismo soporte argumentativo, la discusión se traslada al ámbito internacional, siendo esto un aspecto crucial por ser la defensa de los derechos humanos una cuestión de suma importancia en el derecho internacional. De ahí lo peligroso del asunto, pues se postulan concepciones validadas que, sutilmente, están teniendo cabida en las transformaciones que están nutriendo el andamiaje sobre el cual se sustenta el derecho internacional.

Estructura propuesta

Este trabajo investigativo que se denomina: “*DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. PRÁCTICA ANTAGÓNICO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS*”, está dividido en siete capítulos. El primero de ellos conceptualiza aspectos fundamentales del Derecho penal en la obra del jurista alemán, GÜNTHER JAKOBS, para entender de qué se habla cuando se hace referencia al Derecho penal “del enemigo”, evidenciando los riesgos que se aproximan con la puesta en funcionamiento de una teoría manifiestamente alarmante, por lo peligroso del mensaje que transmite. Es más, quien se detenga a analizar “la situación actual del poder penal como práctica que pretende contribuir a poner orden en la vida social, tocándole intervenir de la forma más

²¹GIL GIL, Alicia. Op. Cit, pp. 28-29.

enérgica frente a los casos que se suponen más graves, comprobará inmediatamente que vivimos un tiempo en el cual el derecho punitivo ha sido elevado a la categoría de octava maravilla del mundo”.²² Y esto, es aún mucho más peligroso.

En la misma medida, uniendo el pasado con el desarrollo de la dogmática penal actual, el capítulo segundo recurre a los estereotipos de los “enemigos” del derecho penal en diferentes contextos históricos. Para ello se traerá a colación juristas representativos que lo fundamentan, teniendo como base la época del franquismo y del nacionalsocialismo, como prístinos ejemplos de ataque a los enemigos bajo el poder de la tiranía.

Nociones que, en todo caso, serán armonizadas con el desarrollo del derecho internacional, desde la época de entreguerras, para analizar porqué un discurso que es tan antiguo sigue cobrando eco en diferentes escenarios, desde Estados democráticos hasta en la comunidad internacional, bajo el lema de que los crímenes más graves no deben quedar sin castigo; abusando del poder punitivo tras los excesos en el ejercicio de *ius puniendi*, legitimando así, un trato diferenciado para ciudadanos y enemigos en el derecho, y no sólo en su ámbito penal.

Posteriormente, para compaginar la teoría con lo que subyace en la práctica, en el capítulo tercero se hace un estudio de caso, *el del Estado colombiano*, circunscrito a la forma cómo su sistema penal define, regula, interviene y controla el conflicto político-armado y el narcotráfico, con el fin de valorar si la política criminal en estos ámbitos conflictuales, por sus características, cabe encuadrarla dentro de la categoría del derecho penal del enemigo. En este evento se hace un análisis sobre la Política de Seguridad Democrática del expresidente Álvaro Uribe Vélez, como estrategia de debilitamiento político y

²² PASTOR, Daniel. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. En *Nueva Doctrina Penal*, 2005, p. 73. Disponible en: <http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/52583/mod_resource/content/1/Pastor%5B1%5D.pdf>. [Consultado agosto 21 de 2012].

militar de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, que considero se compagina de manera clara con las características del derecho penal del enemigo establecido por JAKOBS.

Si bien es cierto, aunque en los citados capítulos, el franquismo y el nacionalsocialismo aparecen por antonomasia, como típicos regímenes de aplicación del derecho penal del enemigo, el caso colombiano debe ser estudiado con profundidad, toda vez, que aún con el advenimiento de las transiciones democráticas, con el salto a Estados de Derecho, Colombia es el único país en América Latina que mantiene viva la secuela del conflicto armado, perpetuando la represión en materia punitiva con el desarrollo de constantes estados de excepción; situación que demuestra ser un escenario perfecto para la legitimación social y/o jurídica, de un derecho penal del enemigo.

Por otro lado, el capítulo cuarto pretende explicar la forma cómo ha evolucionado el derecho internacional, lo cual se concreta en varios enfoques temáticos a saber: *el cambio en la concepción de la soberanía de los Estados; la aparición de la persona humana como sujeto de derecho internacional y el surgimiento del derecho penal internacional*. Ideas básicas que direccionan el juicio, según el cual, la persona humana no es sólo titular de derechos sino también de responsabilidad internacional jurídico-penal. Razón que amerita involucrar a este estudio el avance acelerado que sufre el derecho internacional, puesto que, aunque es una manifestación por excelencia interestatal, actualmente tienen cabida nuevos actores y sujetos que obligan a que el respeto a los derechos humanos no sea solamente una cuestión de Estados.

En ese orden de ideas, el capítulo quinto tiene como punto de partida el marco jurídico-político en el que se ha desarrollado el derecho penal internacional, es decir, las distintas vías legales y procedimentales que han aparecido a lo largo de la historia en la formación de su *corpus iuris* en la lucha contra la impunidad, –bien sea cuando se trate de violaciones graves a los derechos humanos, o bien, por infracciones al derecho internacional humanitario–, esto es: *la jurisdicción*

universal; los Tribunales Penales Internacionalizados; Los Tribunales Penales Internacionales; y más concretamente, La Corte Penal Internacional, que surge más recientemente en 1998 a través del Estatuto de Roma, con la pretensión de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes graves, justamente por ser de trascendencia internacional.

No sobra advertir que el eje central de este capítulo estará direccionado por el marco legal y procedimental que emanó de la Segunda Guerra Mundial, siendo esto la columna vertebral para armonizar la tesis del derecho penal del enemigo al derecho penal internacional, práctica que será argumentada como factor determinante que viene desarrollándose bajo la impronta de la legalidad, aún siendo su esencia de Estados totalitarios.

Lo anterior es indispensable para entender el desarrollo del capítulo seis, el cual fundamenta, en estricto sentido, el desarrollo del derecho penal internacional como derecho penal del enemigo, como una práctica que viene siendo utilizada desde antaño hasta escenarios actuales. Uso que se empieza a proyectar con mayor intensidad, para introducir la represión normativa existente por la dirección de la hegemonía mundial, al naciente Derecho penal internacional.

Lo anterior servirá de sustento para contrastar sí el Derecho penal internacional, puede vincularse hoy por hoy, a la naturaleza del derecho penal del enemigo, situación que en mi opinión, no escapa de la tradicional dinámica de atacar a los “enemigos”, en el sentido que también “la política criminal internacionalizada, implícita y subyacente –y no contrastada ni jurídica ni empíricamente–, descansa en la obsesión por la prevención fáctica como única “teoría” de la pena, y es llevada por los caminos del populismo punitivo hacia un “Derecho penal” del enemigo”.²³

²³CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la “lucha” jurídico-penal “contra” el terrorismo. En: *Revista CENIPEC*, nº. 29, Universidad de los Andes. Mérida: Venezuela, 2010, p. 83.

Esto puede revelarse con mayor certeza dependiendo del ámbito geográfico y de dónde provenga el enemigo a instrumentalizar. Según los actos que se le imputen al presunto responsable, no se acude única y exclusivamente a la función preventiva de la pena, o dicho de otra forma, el ataque a los “Otros” puede pensarse fuera del mismo acto delictivo, como función anticipadora por la vida pasada, presente y la pensada hacia el futuro del presunto enemigo. Esto permitirá concluir que está emergiendo un derecho penal de autor, donde la pena toma sentido como inocuización, neutralización del peligro que representan estos “enemigos”, en la lucha preventiva llevada a cabo por la comunidad internacional, inclusive desde antaño, donde los enemigos resultaban ser los vencidos durante la guerra, pero en la actualidad lo serán, *inter alias*, los tachados como terroristas.

Por tanto, en el derecho internacional, con la expansión del poder punitivo en general y fuera de la órbita de los Estados, resulta indiscutible que se ha creado un poder penal internacional jurídicamente cuestionable desde casi todo punto de vista, “tanto por la ausencia de una democracia global, de una Constitución universal, de organismos externos de control, del respeto de los derechos fundamentales de los acusados ante ese poder, como por falta de una sociedad mundial en la cual, en virtud de políticas globales económicas, financieras, comerciales y sociales, y no sólo penales, todos los países y todos los habitantes del mundo tengan un acceso igualitario a las fuentes de riqueza y bienestar”.²⁴

Por lo expresado en estas notas introductorias, la alarma generada es sobre el debilitamiento que están sufriendo los derechos humanos, pues su pretendida protección pasa a ser simbólica, ante la involución actual del Derecho y no sólo penal, que le apuesta por un sistema donde todos seamos vigilados y no tanto protegidos, partiendo de contextos globales que son

²⁴PASTOR, Daniel R. “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”. Cancio Meliá y Gómez Jara-Díez, (Coords.), En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., 2006, pp. 487 y ss.

entendidos como legítimos. Así, el Derecho mismo, aparece entendido como un instrumento de poder en el ejercicio del control social.

En consecuencia, con el desarrollo de esta tesis se pretende replantear el gran reto que tiene la reivindicación de los derechos humanos como producto de luchas por la libertad y la dignidad, aspecto fundamental que será definido en el capítulo séptimo, como forma de militancia por y para los derechos humanos, en situaciones que no pueden ser ajenas a la forma de vivir y concebir el mundo, haciendo un llamado por la recuperación de la razón del Derecho, pero no de cualquier Derecho, sólo de aquel que sea respetuoso de todas las garantías, principios, y valores que marcan la esencia de cualquier comunidad democrática, así y sólo así, podrían valorarse los postulados sobre una apuesta crítica para sostener y dar sentido vivo a los derechos humanos.

CAPÍTULO I. EL LLAMADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.1. Sobre el origen de la doctrina del derecho penal del enemigo

Cuando se da el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, además de la ley como fundamento del propio Estado, hay un conjunto de principios y valores que irradian el ordenamiento jurídico. Éstos, armónicamente a través de la consagración de un catálogo de derechos fundamentales inspiran toda la interpretación, funcionamiento y organización política del Estado.

No obstante, la obediencia a la misma ley como fundamento de la seguridad de los derechos y como herramienta de lucha en la defensa efectiva de los derechos humanos, se ha distorsionado de manera “cínica”, en el entendido que, ya no hay necesidad de maquillar la realidad, la filosofía predominante de forma evidente, –en respuesta a la alerta de la llamada cultura de emergencia²⁵, por la sospecha de ciertos riesgos–, es que el Derecho será efectivo, en tanto se pueda aniquilar o instrumentalizar a quién no le es funcional al sistema, esto es, al “enemigo”. Apareciendo la base doctrinaria sobre el *derecho penal del enemigo*²⁶, término acuñado por el profesor alemán, GÜNTHER JAKOBS, en el Congreso de profesores de Derecho penal, celebrado en Frankfurt en 1985, para identificar bajo esa rúbrica: “un conjunto de normas que, al “correr” la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las

²⁵PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid: lustel, 2007, p. 17.

²⁶JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op, Cit, p. 1. Es de precisar, que aunque Jakobs introduce la expresión derecho penal del enemigo en 1985, le ha añadido nuevos elementos en 1999 y posteriormente en el 2003 y 2006 en su última edición, que concreta dicha significación en el autor, cosa que ha variado desde su primera locución., explicando que la expresión *derecho penal del enemigo* no en todo sentido, debe ser entendida de forma peyorativa.

barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas”.²⁷

Definición que como señala MUÑOZ CONDE²⁸ aparecía en principio en tono crítico y polémico, advirtiendo del peligro que podía representar ese Derecho penal en aquel momento incipiente, que cada vez con mayor profusión, sancionaba conductas que se realizaban en un estadio anterior a una puesta en peligro del bien jurídico, para un Estado de libertades y para las “ataduras” que en ese Estado de libertades suponen un límite al ejercicio ilimitado del poder punitivo.

La rigurosidad semántica de las afirmaciones y múltiples interpretaciones producto de la tesis Jakobsiana, no miden los peligrosos resultados del actuar jurídico en los tiempos actuales. El traspasar ciertas garantías procesales propias de Estados que dicen catalogarse como democráticos, es una situación que claramente contradice la dogmática penal inspirada en la dignidad humana como límite máximo del *ius puniendi*, pues esta clase de derecho tal y como está planteado en sus fundamentos por JAKOBS, es contraria a las bases esenciales de un Estado Democrático de derecho,²⁹ al justificar prácticas que estigmatizan a ciertos colectivos, cosa que pone en crisis al Derecho penal, si se parte de la base que admite tratar no con personas, sino con enemigos.

El trato dado a los enemigos por el Derecho penal³⁰, presupone que, quién abandona tal modelo de Estado, es tratado ya no como persona, sino como

²⁷GROSSO GARCÍA, Salvador. “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara Díez, (Coords.), En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., 2006, p. 1.

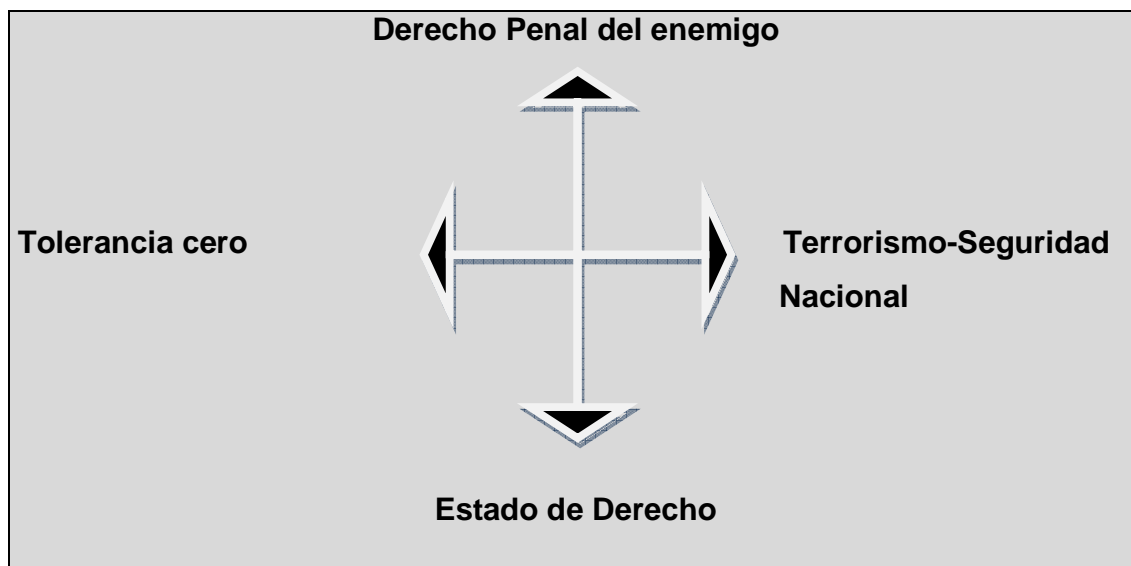
²⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 121 y Ss.

²⁹FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Gómez-Jara Díez, (Coords.), En *El derecho penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 1, 2006, p. 801.

³⁰Por su parte Jakobs apoya la idea según la cual, el Derecho penal no puede degradarse al papel del mero lacayo, pues parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de la revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución. Cfr. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, (trads.). Madrid: Cuadernos-Civitas, 2006, p. 24.

“enemigo”³¹, por ser fuente de peligrosidad. Por esta razón, el sistema reacciona en función del derecho a la seguridad que reclama, exige y legitima el mismo colectivo social, para contrarrestar a quien trasgreda la norma y delinca sin control. Apareciendo el arquetipo del “enemigo”, etiquetado así, entre otras cosas, por ir en contravía de los bienes jurídicos que han sido tutelados. Lógica que se mantiene en la praxis política para justificar como expresa KAI AMBOS,³² cualquier forma de medidas represivas desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa, para mantener políticas aplicadas entorno a la seguridad nacional, en protección de la soberanía de los Estados.

Ilustración 1. Dinámica de aplicación del derecho penal del enemigo*



Todas estas particularidades, y otras tantas dignas de mención, sobrevienen como rasgos propios de una realidad normativa diferente, que sin demora se percibe como de difícil encaje en los moldes categoriales que esa

³¹ Advierte Jakobs que el término enemigo, no en «todo caso pretende ser peyorativo» y no en todo caso es atribuible a quién lo aplica, sino que también puede ser provocado por su destinatario, con lo cual, en principio, estaría tomando partido por la aceptación de esta clase de derecho penal. Cfr. GÜNTHER, Jakobs y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit. p. 1.

³² AMBOS, Kai. “Derecho penal del Enemigo”. Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, (Coords.). En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol 1. 2006, p. 127.

La elaboración es propia.

destacadísima labor dogmática de décadas, había ido conformando para disciplinar la exigencia de responsabilidad penal en el marco de un Estado de Derecho.³³

1.1.1. Características del derecho penal del enemigo

En definitiva, el profesor JAKOBS con su doctrina ha puesto en evidencia la técnica legislativa y la política criminal presente en algunos ordenamientos —como el Alemán— al adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad (denominada por Jakobs «*normas de flaqueo*»),³⁴ que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. En este sentido, “se optimiza la protección del bien jurídico, y se reduce el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal sea efectivamente lesionado”.³⁵

Ciertamente, estas normas que JAKOBS califica originalmente como pertenecientes a un derecho penal del enemigo, designan problemas conocidos y debatidos desde antaño en la dogmática penal: “el de los delitos de peligro abstracto y en general el de las anticipaciones en la criminalización de determinadas conductas lesionadoras de normas fundamentalmente constitutivas de la estructura social”.³⁶ Dichas conductas son asumidas como fuentes de malestar, precisamente por atentar contra bienes jurídico-penales relevantes. La reacción es mediante la intervención estatal en su deber-poder en el ejercicio del *ius puniendi*, a través de una pena. En esa medida la pena como indica VON

³³BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada: Comares, 2007, p. 6.

³⁴POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Prologo de Günther Jakobs., Barcelona: BOSCH, 2009, p. 49.

³⁵Ibíd. p. 49.

³⁶POLAINO-ORTS, Miguel. Op. Cit. p. 54.

LISZT³⁷ es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos. Según él, como coerción la pena puede ser de doble naturaleza:³⁸

- 1) Coerción indirecta, medita, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivos de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad.
 - a. Por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales;
 - b. Por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas pero coincidentes en sus efectos con los motivos altruistas;
- 2) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como especial selección del individuo socialmente inapto.

Desde esta óptica, la función de la pena consiste en: “el combate prospectivo frente a una fuente de peligro, apareciendo medidas en atención a la especial peligrosidad que tienen ciertos sujetos, de manera que la función del derecho penal del enemigo es especialmente la eliminación de un peligro”.³⁹ Ello produce que la pena se dirija más a proteger a la sociedad mediante la prevención de futuros actos lesivos (perspectiva prospectiva) que a reprimir conductas ya realizadas en el pasado (punto de vista retrospectivo).⁴⁰ Desde este punto de vista el derecho penal del enemigo, se caracteriza por varios elementos a saber:

³⁷ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Prólogo de Manuel de Rivacoba. Valparaíso: EDEVAL, 1984. Reimpresión Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie J, Enseñanzas del derecho y material didáctico, Núm 15. México 1994, pp. 111-112.

³⁸ *Ibid.*, p. 111-112.

³⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Op. Cit.* p. 68.

⁴⁰ *Ibid.* p. 68.

En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectivo). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinada garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁴¹. Y por último, se da un paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica.⁴²

No puede ciertamente sostenerse que “la anticipación de la punibilidad, realizada a través de los delitos de peligro, se justifique con la necesidad de desmotivar el proseguimiento de la hipotética conducta ilícita ya emprendida y proyectada hacia ulteriores y más graves desarrollo ofensivo”⁴³. Con este lenguaje –adelantada la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales–, el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, en una reacción de combate del ordenamiento jurídico ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos.⁴⁴ Al respecto surge el interrogante, y ¿*Quiénes son considerados los “enemigos”*? Aquellos, son individuos que no sólo de manera incidental, en su comportamiento o en cualquier caso de forma presuntamente duradera, han abandonado de modo permanente el Derecho, por consiguiente, ya no garantizan el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiestan a través de su conducta,⁴⁵ desobedeciendo el Derecho penal vigente.

Como reacción a la defraudación de la expectativa cognitiva, la normativa reacciona con una sanción. Ello tiene como consecuencia que “no se aprende de la defraudación hacia el futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafácticamente, es decir, con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad, ya que la validez de la expectativa es ajena a su

⁴¹Ibidem. p. 112.

⁴²JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 1era ed, 2004. p. 44.

⁴³GIUNTA, Fausto. Op. Cit. p. 179.

⁴⁴JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit. p.120.

⁴⁵JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit. p. 44-45.

cumplimiento o incumplimiento”.⁴⁶ Por tanto, se condena y tacha a quien delinque, en ocasión a dicha defraudación.

De manera que, se prevén supuestos peligros eventuales y se reacciona como sí fuesen hechos actuales, y se combate al futuro agresor, esto desde la óptica del derecho penal de autor, pues se persigue a la persona que hay en el delincuente por actos que aún no se han cometidos para contrarrestar futuros riesgos en busca de seguridad colectiva. Por consiguiente, se oprime a quién sea merecedor de aparente peligrosidad social y quebrante la estructura normativa de la sociedad por su defraudación al orden vigente. Así, la seguridad “se convierte en el criterio infalible que permite trazar la línea divisoria entre el amigo y el enemigo, el bien y el mal, la virtud y el pecado”.⁴⁷

El problema, como explica ISABEL PÉREZ,⁴⁸ es que toda política de intervención penal para la consecución de la seguridad incurre en un irreflexivo aumento de la incriminación tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo. Por ello para enfrentar los nuevos retos que propone la sociedad del riesgo se propugna por un Derecho penal máximo⁴⁹ en detrimento de uno mínimo, olvidándose el legislador penal de los principios democráticos. Por tanto, se ha transformado el Derecho penal entendido como un derecho protector del ciudadano en un instrumento flexible y en expansión de la intervención del Estado cuando pretende prevenir las situaciones de peligro estructural.

Precisamente esta fricción entre, por un lado, nuevas realidades criminales emergentes y la normativa penal que las incrimina, y, por otro lado, moldes categoriales de la Teoría jurídica del delito –pero no sólo, porque la problemática abarca también sin duda extremos no menores de la Teoría jurídica de la pena y del propio Derecho Procesal Penal- y principios garantistas que sustentan su

⁴⁶JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, (trad.), Navarra: Civitas. 1era ed. 2006, p. 23.

⁴⁷MATTELART, Armand. *Un Mundo vigilado*. Barcelona: Paidós, 2009. p. 68.

⁴⁸PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. Cit. p. 22-23.

⁴⁹CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Seguridad ciudadana: realidades y percepciones”. Carpio Briz, David, (Coord.). En *La seguridad pública ante el derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2010, p. 5.

evolución y configuración, es lo que ha intentado ser objeto de reflexión prioritaria por parte de la doctrina penal de las últimas décadas.⁵⁰

Al respecto, esta alarma surgida cuando aparece la tesis jakobsiana como “un concepto que en principio era descriptivo y crítico-denunciatorio, ha pasado a un *concepto afirmativo-legitimador* del derecho penal del enemigo,⁵¹ y no es que con ello “se mate al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”,⁵² pues aunque el autor alerta sobre prácticas que vienen ocurriendo continuamente, puede ocurrir que su discurso se vuelva legitimador para justificar dicha práctica.

De modo que, se confunde en dónde comienza y termina su crítica, o hasta dónde rechaza o apoya dicha teoría, pues con la exageración de la peligrosidad del “enemigo” y del peligro que se amenaza con él, se incrementa la despersonalización jurídica.⁵³ Así, se legitima y justifica, un trato diferente dado por el Derecho en pro de una guerra preventiva, para quien se ha comportado con obediencia al Derecho, frente a quien no le ha rendido tal acatamiento. Por tanto, se trata pues:

(...) de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del Estado del derecho penal fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y la marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario.⁵⁴

Tal cuestión sin lugar a dudas, en la praxis, en vez de de allanar el camino a esta discusión, lo que logra el concepto es provocar un intercambio emocional de golpes, en el cual se utilizan argumentos personales en lugar de los materiales y la razón se queda en la estacada,⁵⁵ ya que es un hecho notorio, que se

⁵⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José. Op. Cit, p. 6.

⁵¹ AMBOS, Kai. “Derecho penal del Enemigo”. Op. Cit. pp. 141-142.

⁵² JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 1era ed. 2003, p. 15.

⁵³ AMBOS, Kai. Op. Cit. p. 142.

⁵⁴ AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Op. Cit, p. 82.

⁵⁵ El Ibidem, p. 120.

desarrolla un debate donde el dialogo se centra en tratar con seres humanos cosificándolos, como anormales o subnormales, con el estigma de la criminalidad, y se les “niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece – universal y regionalmente – el derecho internacional de los derechos humanos”.⁵⁶

1.2. Derecho Penal del enemigo en la teoría de la inocuización selectiva

Desde antaño el comportamiento humano en su faz desmedida por su presunta tendencia a la criminalidad ha sido décadas tras décadas motivo de máxima atención por variadas disciplinas –antropología, psicología, sociología, entre otras–. En Italia surgiría la denominada antropología criminal, en parte “por la obra de GASPAR VIRGILIO, quien en el año 1874 reconoció y afirmó la naturaleza morbosa del delito y la analogía entre la criminalidad y la locura, por ser fenómenos desarrollados igualmente en el campo de la degeneración; siendo el psiquiatra y médico legista italiano CÉSAR LOMBROSO, quien iniciara el estudio científico del delincuente en 1871”,⁵⁷ para intentar combatir y encontrar la verdadera naturaleza del delito en esa incesante búsqueda de factores predisponentes⁵⁸ y precipitantes de la conducta humana a la delincuencia.

Lo anterior constituyó el soporte para la gestación y formación de las teorías de la criminalidad,⁵⁹ con su corriente biocriminológica, precisamente por el afán de explicar los comportamientos peligrosos y/o desviados⁶⁰ en su consideración de síndrome biológica para enmarcar a una persona como criminal. Empero, la

⁵⁶ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 11.

⁵⁷PÉREZ LÓPEZ, Jorge. “La explicación biológica de la criminalidad: su aportación a la criminología y su insuficiencia como teoría”. En *Derecho y cambio social*, nº 12, 2007/8, p. 1.

⁵⁸En el caso de EXNER, –criminólogo alemán– aún su influencia preponderante en el *nacionalsocialismo*, planteaba que aunque pueden estar presente factores “extraños” en determinados entornos familiares, esto no necesariamente ha implicado conflicto con la justicia, por tanto existe la predisposición pero también se debe tomar en cuenta otros factores en el mundo circundante. Cfr. EXNER, Franz. *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. Juan del Rosal, (trad.), Barcelona: Bosch, 1946, pp. 41- 43.

⁵⁹VÁZQUEZ GONZÁLES, Carlos. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex. 2003, 63-119.

⁶⁰Vid. TAYLOR, WALTON, YOUNG. *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1997, pp. 73-75. Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de la reacción Social*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1977, p. 51.

constante de seguir pensando en ese sujeto que amenaza como el enemigo/delincuente, persiste; sobre todo “sí se piensa en el delito como la trasgresión al orden jurídico que mayor trastorno ocasiona a la sociedad poniendo en crisis las instituciones públicas”.⁶¹ Causa primaria por la que el “enemigo” en el Derecho penal puede identificarse con el “nombre” del delincuente.

Desde esta perspectiva es de resaltar el legado de la Escuela Positiva de la ciencia criminal, pues autores como FERRI, GARÓFALO, LOMBROSO, EXNER, entre otros, se atrevieron a pensar, en su momento, qué originaba en el ser humano un actuar despiadado representado en el delito, para así encontrar la manera de tratar a los sujetos peligrosos. En el caso de Ferri –fascista por tendencia– estableció, por ejemplo, su *Ley de saturación criminal*⁶², según la cual el nivel de la criminalidad viene determinado cada año por las diferentes condiciones del medio físico y social, combinados con las tendencias congénitas y con los impulsos ocasionales de los individuos. Ley que por analogía funciona como ocurre en la química, en el sentido que:

De la misma manera en que un volumen de agua a igual temperatura se disuelve una cantidad determinada de sustancia química, ni un átomo más, ni un átomo menos, en un medio socialmente determinado con condiciones individuales y psíquicas dadas, se comete un número determinado de delitos, ni uno más ni uno menos”. –Es justamente nuestra ignorancia, reitera Ferri–, de múltiples leyes físicas y psíquicas y de innumerables circunstancias concomitantes de hecho, nos impide prever con precisión dicho nivel de la criminalidad⁶³.

Lentamente se fue construyendo el biotipo del criminal bajo la idea de la innata inclinación al crimen, «el instinto carnívor»⁶⁴ que se reforzó con una serie de investigaciones que pueden catalogarse como criminológicas, en una construcción teórica que etiquetó a un cierto círculo social anatómico y psicológicamente, formando un estereotipo de monstruo humano llamado

⁶¹CARRERA DOMÍNGUEZ, José. En presentación de la obra de FERRI, Enrico. Sociología criminal. Antonio Soto y Hernández (trad.), Madrid: Centro Editorial de Góngora, México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Tomo I, 2004, p. III.

⁶²Ibid, p. 250.

⁶³Ibid, p. 251.

⁶⁴MATTELART, Armand. Op, cit, p. 36.

delincuente. Pues bien, los exponentes de dicha Escuela utilizaban el concepto de *temibilidad*⁶⁵ –como impropia-mente la llamaba Garófalo–⁶⁶ para hacer referencia al estado que se sustentaba en las características y atributos personales del sujeto que justifican el riesgo de futuros comportamientos violentos.⁶⁷ Concepto que se asoció con el de peligrosidad, pues son proyecciones que parten de la relación causa-efecto dado el carácter peligroso del hecho temido ante la especial disposición de ciertos individuos para delinquir.

Pero fue GARÓFALO (1851-1934), uno de los máximos exponentes del positivismo criminológico, quien acuñó la idea de peligrosidad si se entiende como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad posible de mal que había que tener del mismo”.⁶⁸ Empero, en las últimas décadas ésta tendencia ha experimentado un auge considerable con la difusión de las teorías de la inocuización selectiva pero ahora por la lógica de la temida era del riesgo.

Por tanto, aunque SILVA⁶⁹ expresa que la expansión de las teorías de la inocuización y con éstas, el término mismo de “inocuización” del delincuente suena a antiguo, realmente sigue siendo el pasado y el presente del Derecho penal. Idea que se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal.⁷⁰

⁶⁵SCHULMAN, Daniel. “Acerca de la inversión en educación como herramienta de la estrategia de prevención social del delito”. *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Año 5, vol. X, 2013, p. 5. Disponible en: <http://somecrimnl.es.tl/Vol-.-X-enero_julio-2013.htm>.

⁶⁶ENNIS, José L. “Aportes para una dogmática de la determinación de la pena”. *ANALES*, nº 42, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. 2012, p. 225.

⁶⁷SCHULMAN, Daniel. Op, cit,p. 5.

⁶⁸LEAL MEDINA, Julio. *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 2008, p. 205.

⁶⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. Arroyo Zapatero, Luís. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (Dir.). *En homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001. p. 700.

⁷⁰Ibid, p. 701.

La teoría de la inocuización selectiva parte de la premisa, “de que es posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de los hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo”.⁷¹ Ideología que se está manifestando en instituciones muy diversas y precisamente se está instrumentalizando no sólo a los “otros” peligrosos y al criminal nato⁷² sino a todo aquel que sea síntoma de malestar.

No hay duda entonces, de lo que realmente le interesa al Derecho penal es el grado de la peligrosidad del delincuente, para usar la fórmula de inocuización selectiva, pues el ser delincuente pasa a ser una cualidad, situación que devela lo connatural que hay en ciertos colectivos o personas individualmente consideradas por ser portadores de peligrosidad, lo cual tiene bastante simetría con la descripción dada por JIMÉNEZ DE ASÚA,⁷³ sí se observa su obra *sobre el estado peligroso del delincuente*. Ideas que están reincorporándose nuevamente en el sistema penal de la época, pues el objetivo es estigmatizar al “enemigo”. Arquetipo que según CARLOS PARMA reza así: “*nosotros somos lo que el otro no es. El “otro” es lo que nosotros decimos que es*”,⁷⁴ lo cual muestra claramente que Lombroso aún no ha muerto, simplemente ha estado dormido.⁷⁵

Su despertar puede observarse en las llamadas políticas de inmigración ante el boom publicitario de la seguridad ciudadana, que relacionan al inmigrante “ilegal” con la delincuencia, padeciendo la etiqueta no solo de la marginalidad, sino la cruel consecuencia de ser el “diferente”, recién llegado, y por ende, más desconocido.⁷⁶ Ya KRISTEVA había advertido la dualidad entre el “extranjero que aparece como cicatriz entre el hombre y el ciudadano”, en razón:

⁷¹Ibid, p. 700.

⁷²MATELART, Armand. Op. Cit, p. 39.

⁷³Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*. Madrid: Reus, 1920.

⁷⁴Parma, Carlos. Mangiafico, David. Op. Cit, p. 28.

⁷⁵Ibidem, p. 24.

⁷⁶ZAFFARONI, “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”. En *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 7, 1994, p. 87.

A que la figura de los y las inmigrantes, no es ya la de lo exótico que nos fascina, ni la del buen salvaje originario y naturalmente puro, ni la del *alter ego* del filósofo que posibilita la apertura a otras culturas y la mirada autocrítica, ni la del romántico “otro” misterioso y seductor, ni la de los pioneros que se arriesgan en la conquista de un territorio y hacen pueblo, ni siquiera la de los *Gastarbeiter* (trabajador inmigrante), llamados para colaborar en el desarrollo, sino la del intruso que irrumpe en nuestra casa común y perturba el buen orden de nuestra sociedad acomodada. Su aparición es intempestiva, su presencia con frecuencia ilegal y su inscripción problemática.⁷⁷

La cuestión es que lo desconocido como todo lo “misterioso”, siempre es fuente potencial de peligro y, por consiguiente, abre el llamado “espacio paranoide”⁷⁸. Se facilita enormemente atribuir al desconocido diferente todo lo negativo, dado que no se le puede “oír”, los sistemas simbólicos no coinciden y, por ende, se pueden traducir los signos a voluntad y hacer de ellos “los chivos emisarios” de múltiples males, desde la criminalidad hasta las enfermedades, desde la sexualidad a la instintividad incontrolada y la inmoralidad total. Esta mala percepción, aún su uso moderno, no le quita lo arcaica y descolocada⁷⁹.

Al respecto, en 1876 LOMBROSO publicó su libro todavía muy conocido en la actualidad, el hombre delincuente (*L'Uomo delinquente* después transformado a *L'homme criminel*). En dicha obra, el autor italiano recogió producto de la investigación que llevo a cabo, los tipos básicos del delincuente, esto es, nato, loco, moral, epiléptico y delincuente de ocasión. El delincuente nato, “fue el más popularizado, pues respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como “un ser atávico”, es decir un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos”,⁸⁰ pues se quedaron en una etapa intermedia entre el simio y el hombre.

⁷⁷FERNÁNDEZ GARCÍA, Eugenio. “Extranjeros en medio de nosotros: lógica de la exclusión y del reconocimiento”. *Logos: anales del seminario de metafísica*, nº 32, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 100.

⁷⁸ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit, p. 87.

⁷⁹Ibid, p. 87.

⁸⁰PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. Op. Cit. p. 26.

Un factor determinante era el de considerarles seres salvajes, por lo que el delincuente nato era sin duda un sujeto diferente al ciudadano “normal”, personas que tenían rasgos característicos que los hacían fácilmente reconocibles. Los delincuentes que observó para llegar a dichas conclusiones, fueron según él, reclusos representativos, dentro de todos los delincuentes, conocidos o no, capturados o no. Las fotografías que ilustran sus experiencias constituyen una galería de *quasimodos* del crimen, descritos así:

Cara larga y asimétrica, mandíbula prominente, frente huidiza, cráneo en punto, arcos superciliares pronunciados, órbitas anchas, cigomáticas salientes, fosa occipital media, estrabismo que refuerza una mirada dura y feroz, dientes irregulares, orejas separadas del cráneo y en forma de asas, cabellos negros o castaños, con preferencia a los rubios, analogía de ambos sexos, desde el punto de vista de los «estigmas de degeneración», insensibilidad física o moral, vanidad desmesurada, venganza, amor sensual, «asiduo de los lugares de perdición».⁸¹

El mismo autor en la línea del jurista y sociólogo FERRI,⁸² identifica al deliencuente por herencia y el delincuente por oficio, diferenciándolos del delincuente ocasional porque el primero es impulsado al crimen por la fuerza interna, adquirida o innata; empero, el último al ser impelido por un impulso exterior no es retenido en la honradez por una repugnancia suficientemente fuerte. Lo cual sucede por una cuestión de grados, pues de la misma forma que inferiores a los imbéciles, se reconocen a los semiimbéciles, así hay un criminaloide, tipo más ínfimo que el criminal por herencia.⁸³

Por su parte, Von LISZT⁸⁴ en línea similar, clasifica a aquellos como los irrecuperables, pues tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. Ésta, afirma, es la razón por la que combatir la reincidencia es una de las mayores tareas del presente. Ya que se trata así sea de un solo

⁸¹De cien criminales que observa, sólo cuarenta reúnen todas las características, y sin embargo los sesenta restantes también son «criminales natos». De ahí la objeción que le plantean sus colegas, toda vez que a partir de un heterogéneo conjunto de datos anatómicos, patológicos y fisiológicos, de anomalías congénitas, confecciona el famoso arlequín conocido con el nombre de tipo «criminal nato». MATTELART, Armand. Op. Cit. p. 37.

⁸²LOMBROSO, Cesare. *Los criminales*. Barcelona: Centro Editorial Presa (Trad), 1930, p. 57.

⁸³Ibidem. p. 58.

⁸⁴LISZT, Frank von. Op. Cit. p. 115.

miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales. Grupo en los que Von LISZT⁸⁵ integraría a los vagabundos, mendigos, prostituidos de ambos sexos, alcohólicos, rufianes, degenerados espirituales y corporales, pues todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, donde los reincidentes constituyen la mayoría de los delincuentes y los irrecuperables la mayoría de los reincidentes.

Como se puede observar, desde épocas muy remotas el Derecho penal ha sido el único derecho represivo, o dicho otra forma, el más lesivo, a eso se debe que Von LISZT citando a IHERING,⁸⁶ en *su fin en el derecho* escribiera: “a mi juicio, el Derecho no es otra cosa que la violencia que toma conciencia de su propia ventaja y con ello de la necesidad de la medida; o sea, no es cosa distinta de aquella, sino sólo una de sus formas de aparecer: se trata de la recta, justa, violencia, porque se vincula a las reglas; es pues violencia disciplinada, en contraposición a la salvaje, cruda y violencia, no regulada, que se determina sólo

⁸⁵El autor apoya tal afirmación por las estadísticas del establecimiento carcelario de Württemberg y la estadística carcelaria oficial prusiana para el año que va del 1 de abril de 1880 al 1 de abril de 1881. La relación de los reincidentes con la suma total de los condenados en 1868-1869 y 1878 - 1879, subió el 34% al 48%; en la prisión para hombres de Ludwigsburg de 1866-1867 y 1877-1878 del 51% al 72%. Ello daría como cifra promedio para el año 1877-1878, 60%. De los reincidentes de la prisión de Ludwigsburg (1649, que comprenden los ingresados del 1 de enero de 1872 al 31 de marzo de 1880), cada uno se encontraba como promedio de quinta vez en su recinto. Cada condenado se había declarado culpable como promedio de 3,27% acciones punibles entre la fecha de su puesta en libertad y su ulterior reclusión. Respecto a Prusia según la estadísticas de los presos ingresados el 76,47% había sido castigado con anterioridad por delitos más o menos graves. Del total de quienes fueron condenados en el mismo período por delitos de menor gravedad, los reincidentes eran 64,03% contra 52,37% del año anterior. Conforme a ello la cifra promedio de población reincidente para el año 1 de abril de 1880 al de 1881 llega al 70%. De lo 7.033 reclusos en presidio y con arreglo a las cifras indicadas, el 82% había sido condenado más de 1 vez, y de ellos el 27% seis y más veces. De los 21.357 presos reincidentes, inculcados por delitos menos graves, un 66% había sido condenado más de 1 vez, y de éstos un 22% más de 6 veces. Los promedios así llegan al 74% y 24,5%. Con estos datos a la conclusión que llega Von es que pretender corregir a tal gente, en presidios celulares a un costo muy alto, carece simplemente de sentido; y lanzarlos al contacto con el público luego de algunos años, como una fiera, y volver a encarcelarlos y a “corregirlos” al cabo de 2 años, después que hayan vuelto a cometer 3 ó 4 nuevos delitos, es más que una insensatez (...). Cfr. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Op. Cit, p. 117-120.

⁸⁶Igualmente sentó las premisas conceptuales y culturales sobre la idea fundamental de que el Derecho no tiene un desarrollo completamente interno y autónomo, pero no un ámbito de realidad subordinada respecto de la sociedad: el Derecho no es necesariamente ni simplemente un “espejo” de la sociedad que lo envuelve como tejido frondoso. Cfr. IHERING Rudolf von. *El Fin en el derecho*. Monereo Pérez, José, (Dir.), Granada: Comares, 2011, XIII.

por la ventaja momentánea”.⁸⁷ Derecho no es otra cosa que el uso precipitado de la experiencia en relación con el uso correcto de la violencia. Lo cual trasladado al ámbito penal, según el mismo autor implicaría que:

Tan pronto como coloquemos en primer plano (...), la autolimitación de la desfavorada violencia penal transformada en pena, se aclara qué valor tiene la objetivación también para el delincuente, precisamente para él. Un importante derecho del ciudadano es el de ser castigado (*Fichte*); en la pena se honra al delincuente como ser razonable (*Hegel*); estas y otras proposiciones constituyen la expresión, paradójica sólo en apariencia, del más íntimo núcleo, de la real esencia, no de la pena absolutamente, pero sí, desde luego de la pena objetivada.⁸⁸

En tiempo actuales, aunque las campañas por la humanización del derecho surten un efecto notorio, realmente se acude a una transformación no tangencial del Derecho penal que afecta el centro mismo del ser humano, esto es, la dignidad humana. La historia evidencia los motivos que impulsaron un sinsentido en el Derecho penal, pautas que aun se observan con bastante claridad, si se advierte, que el Derecho penal del “enemigo” sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal respetuoso de los derechos humanos, en la medida que el delito importa, en tanto fundamento de la peligrosidad del delincuente, situación que en últimas lo que hace es justificar un derecho penal para enemigos y otro para ciudadanos.

En el último caso, según JAKOBS, su propulsor, sería para aquellas personas que le deben obediencia al derecho al menos en todo o en parte, al no delinquir continuamente. Por ello, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, en tanto que, el derecho penal del enemigo combate peligros y esta dirigido a *no-personas*. Esto se podrá corroborar en lo que a continuación se explica.

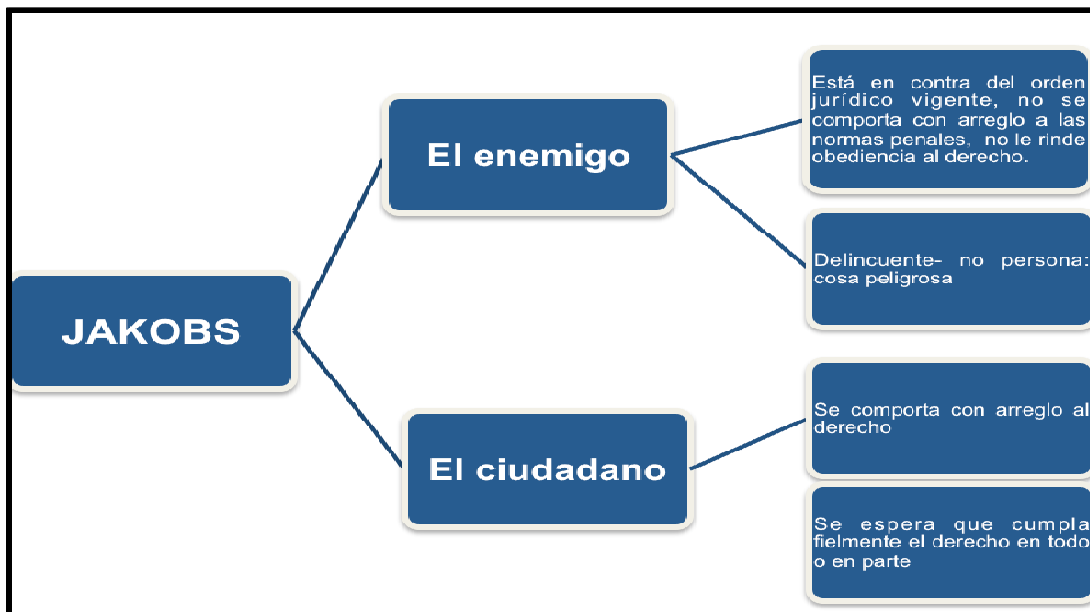
⁸⁷LISZT, Franz von. Op. Cit, p. 90-91.

⁸⁸Ibíd. p. 91.

1.2.1. Diferencias entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano

Según la tesis jakobsiana todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí, por medio del derecho en cuanto a personas,⁸⁹ pero como el enemigo es aquel que integra la criminalidad organizada y los grupos terroristas, individuos que violentan grave y permanentemente el derecho, el Estado no debe tratarlos ya como personas, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás, pues ellos se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.⁹⁰ Por ello debe diferenciarse dos clases de derecho, uno para los ciudadanos y otros para los enemigos que no le rinden obediencia en todo o en parte al derecho.

ILUSTRACIÓN. No 2. Diferencias entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano *



⁸⁹JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit. p. 15.

⁹⁰Jakobs define al terrorista como aquella persona que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Por ello, las regulaciones del proceso penal del enemigo, se dirigen también a la eliminación del riesgo terrorista.

Es de creación propia.

Puede derivarse de lo manifestado que el derecho penal del enemigo tal como lo concibe JAKOBS, es un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que este considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos de peligrosidad.

La razón de ser de éste combate estriba en que dichos sujetos (enemigos) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (personas en derecho), puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad.⁹¹ Lo cual en palabras de VON LISZT⁹² reza así, el Estado debe neutralizar a los incorregibles, y corregir a los corregibles. Como se prevé, una cosa es la táctica que se emplea frente a quién es persona en derecho y otra por el contrario, es la que se sigue para quienes transgreden de forma persistente la norma, cosa que *per se*, lo excluye de la categoría de ciudadano.

En este orden de ideas, hay claramente identificado las dos clases de derecho penal de las que habla Jakobs: un derecho penal y procesal para ciudadanos, y un “derecho” penal para los enemigos. Por eso, la pena como coacción no se dirige contra la persona en derecho, sino, contra el individuo peligroso⁹³. Esto conduce a un derecho penal que no se dirige a *personas*, sino a individuos, los cuales en relación a un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: *derecho penal de enemigos*.⁹⁴

⁹¹POLAINO-ORTS, Miguel. Op cit. p. 66.

⁹²LISZT, Frank Von. Op. Cit. p. 126.

⁹³JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 50.

⁹⁴*Idem*. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p. 68.

Estas categorías de diferenciación, del trato dado por el derecho a diversos colectivos, ya ha sido estudiada desde otras perspectivas, en lo político por ejemplo, el Italiano GIORGIO AGAMBEN,⁹⁵ comentando⁹⁶ la tesis de CARL SCHMIT⁹⁷, sobre la distinción entre “amigo-enemigo”, analizando el campo de concentración nazi como paradigma biopolítico, expresó que: “una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple vida nuda, pura cosa viva sin derecho y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos”.⁹⁸ Esta distinción fue empleada también para fundamentar entonces, la existencia de “dos derechos penales”, Así *verbí gracia*, decía el penalista alemán EDMUND MEZGER, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacional socialista sobre un proyecto de ley para el tratamiento de “extraños” a la comunidad:

En el futuro habrá dos (o más) derechos penales, –un derecho penal para la generalidad en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora y– un derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas como por ejemplo, los delincuentes por tendencia.⁹⁹

Aunque esto será estudiado de manera más profunda en capítulos subsiguientes, puede decirse que en el régimen totalitario durante la Alemania nazi, se daba por sentado la existencia un derecho penal sólo para los enemigos y los extraños a la comunidad, cosa que difiere y no se puede permitir actualmente

⁹⁵De hecho, el autor atribuyó a que el modelo jurídico-institucional y el campo biopolítico del poder confluyen de un modo oculto, modelos que no pueden analizarse por separado, en tanto las implicaciones de la nuda vida en la esfera política constituyen el núcleo originario –aunque oculto– del poder del soberano. Cfr. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Gimeno Cuspinera, Antonio, (Trad.). Valencia: 3ra reimpresión, Pre-textos, 2010, pp. 15-16.

⁹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. 2da ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 141 y ss.

⁹⁷“El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo”. Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Rafael Agapito (trad.), Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 57.

⁹⁸Dicha distinción se lleva a cabo por criterios biopolíticos que estaban determinados por el linaje, esto es, por la sangre y la herencia genética, como acto biológico que caracterizaba la raza aria, y con ella el alemán puro, frente al no alemán perteneciente a razas inferiores. Sobre estos criterios de diferenciación empleados por el italiano Giorgio Agamben y el Alemán Edmund Mezger, véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 141 y ss.

⁹⁹Ibid, p. 142 y ss.

bajo el modelo del Estado Social de Derecho, postura esbozada por penalistas de la época, entre los que se destaca el profesor MUÑOZ CONDE,¹⁰⁰ ya que es inadmisibile que se pueda distinguir entre ciudadanos y enemigos (o “amigos” y “enemigos”) en la distinción clásica del famoso politólogo CARL SCHMITT, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Pues en últimas el Estado terminaría haciendo más daño que el que podrían llegar a hacer los “enemigos”.

Por lo cual, se puede decir que el derecho penal del enemigo descrito por JAKOBS, es derecho pero en otro sentido, es el creado sólo para combatir al enemigo y para defender el derecho a la seguridad del ciudadano que no ha defraudado la norma, al respetar el mandato legal establecido y el orden jurídico vigente.

Pero sí se admite esta distinción, se debe admitir el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores o, a lo que es peor, referido a cualquier sistema aunque sea injusto siempre que sus valederos tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.¹⁰¹ El derecho así concebido, es sólo lo que dicen quienes tienen el poder de control social, lo cual significa una batalla perdida en luchas ya ganadas. En otras palabras, vale decir que:

Cada ruptura con el Estado de Derecho se acompaña de un asilvestramiento de la democracia, de una regresión de los valores que supuestamente lo fundamentan. La amplitud del mal no establece límite alguno al uso de medios ajenos a las normas. En cada ocasión, la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en la normalidad. Todas estas prevaricaciones de la razón de Estado funcionan como un extraordinario analizador de las regiones más oscuras de las sociedades democráticas.¹⁰²

¹⁰⁰Ibid, p. 142

¹⁰¹MUÑOZ CONDE, Francisco. “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez, (Coords.). *En el derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, p. 360.

¹⁰²MATTELART, Armand. Op cit. p. 11.

Es evidente que por el afán de crear una sociedad segura, lejos de malestares y peligros, se ha distorsionado indistintamente en cada época la forma de crear y aplicar el derecho, eso implicó en coyunturas y momentos históricos diversos, una adaptación del derecho a cada circunstancia, sin que ello sea justificación de su aplicación según el contexto respectivo, piénsese por ejemplo todo el proyecto inspirado por la Alemania Nazi, que bajo el poder de Hitler arrasó a la población que no tuviese la connotación de la raza aria, idea legitimada jurídicamente bajo la política de los no- personas, extraños no merecedores de la protección de los derechos humanos.

Pero la historia demuestra que en diferentes contextos históricos el sistema siempre ha pensado el derecho, en pro de tratar a los enemigos, por tanto ésta cuestión no constituye una invención propiamente, pero sí posiblemente un retroceso en la historia frente a formas inadmisibles de moldear el derecho a cada realidad, que son traídas de forma inimaginable a contextos actuales, que en principio no deberían admitir cierta clase de represalias en Estados democráticos.

Por ello, se puede decir, que el derecho penal del enemigo ha sido de aplicación constante en la historia, pero se ha moldeado a la forma más moderna de construcción del Derecho penal actual, en una tendencia no tanto nueva, pero sí disfrazada en el nuevo estilo de la dogmática penal postmodernista.

1.2.1.1. Sobre el concepto de persona en Derecho y el enemigo no-persona

La persona es en palabras de JAKOBS,¹⁰³ el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derecho, dirige tales expectativas a otras personas. Esta valoración como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Por consiguiente, tal apreciación, difiere de modo considerable dependiendo del contexto «Persona»

¹⁰³JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. M. Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, (trad.). 1era ed, Madrid: Civitas, 2003, p. 20.

es un concepto relativo¹⁰⁴; debe tener capacidad para actuar, de modo tal, que sea jurídico-penalmente relevante.

Se es persona, en tanto se disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil, a lo que hay que añadir que, también en cuanto se tienen que soportar deberes; en otras palabras, personas son destinatarios de derechos y deberes.¹⁰⁵ Por consiguiente, está excluido de este ámbito aquél que no puede «disfrutar» de ningún derecho ni soportar ningún deber; por lo que está excluido parcial¹⁰⁶ o totalmente. O más exactamente, “no es persona quien a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo”.

Es aquí donde entra en juego uno de los tantos aspectos polémicos de la tesis jakobsiana, por su visión funcionalista del “Derecho penal y la legitimación de éste a partir de nuevas funciones atribuidas a la pena, como es la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente, o la afirmación de la validez contrafáctica de la norma abstracta más allá de la defensa de cualquier bien jurídico; más aún, lo es, su filosofía de la fidelidad ciudadana”.¹⁰⁷ Cuando falta tal fidelidad por abandonar el Derecho es donde tiene acierto desde el aporte conceptual dado por Jakobs, la teoría de los sistemas de LUHMANN, en tanto fallo en la comunicación como construcción del entorno en su forma de validez jurídica, pues sistema y entorno subyacen bajo una relación directamente proporcional.

¹⁰⁴Ibíd, p. 20-21.

¹⁰⁵JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p.51.

¹⁰⁶Ibíd, p. 51.

¹⁰⁷Vid. APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo Vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad”. En M. Cancio Meliá y Gómez, C. Gómez-Jara Díez, (Coords.). En *El derecho penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. I, 2006, p. 163.

1.2.2. Los destinatarios de expectativas normativas en diálogo con la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN

La teoría de LUHMANN funciona más bien como un horizonte conceptual que le permite a JAKOBS elaborar su propio sistema funcionalista, cuyo propósito no consiste en llevar adelante una ilustración sociológica del Derecho penal contemporáneo sino en establecer, a partir de la evolución misma en materia de legislación penal, una interpretación adecuada tanto de las normas como de las categorías centrales que allí entran en juego.¹⁰⁸

Originalmente si se acude a la tesis Jakobsiana la persona es asumida como destino de expectativas normativas, en tanto titular de deberes; no es que se trate de asegurar en el presente, que en el futuro las expectativas normativas no sean defraudadas: “esto siempre puede ocurrir. (...) Si esto de hecho sucede, entonces habrá que contar con determinadas consecuencias ya previstas en códigos jurídicos. Por eso el derecho en tanto subsistema social está referido a la dimensión temporal de la comunicación que opera institucionalizando expectativas de comportamiento y no conductas”.¹⁰⁹

Esto queda soportado en la teoría de los sistemas del Sociólogo alemán, LUHMANN¹¹⁰, al elaborar un discurso ambicioso y coherente en el que describe la sociedad moderna como un sistema.¹¹¹ El sistema inmunológico dice LUHMANN,¹¹² «no requiere del conocimiento del entorno: solamente registra conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso; es decir, el sistema inmunológico estatuye una capacidad remanente para casos

¹⁰⁸ Cfr. MIZRAHI, Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo: conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza, 2012, p. 26-27.

¹⁰⁹ Ibid, p. 24.

¹¹⁰ Es de advertir que, en diferentes entrevistas LUHMANN a manifestado su desconocimiento en relación a la incorporación de su teoría al modelo funcionalista de Jakobs. Vid. APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo Vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad”. Op. Cit, p. 163.

¹¹¹ Cfr. URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. *Contrastes, Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV, 2010, p. 301.

¹¹² Cfr. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit, p. 412.

futuros. En lugar de investigar el entorno, lo que hace es generalizar experiencias de sí mismo que le sirven como señales de las fuentes de perturbación restantes». Sin embargo, “debe aclararse que la sociedad desarrolla un sistema inmunológico no porque observa un déficit de adaptación respecto de su entorno sino porque ha renunciado a adaptarse a él”.¹¹³

No obstante, en tanto mecanismo de defensa, si este no funciona, en los casos en que se emitan expresiones que contradigan las expectativas presupuestas, por nimia importancia que surta, se crea un conflicto que repercute según LUHMANN,¹¹⁴ como sistema parasitario que depende de que la sociedad haya establecido estructuras (expectativas) y que esté en condiciones de continuar su *autopoiesis* (reproducirse y mantenerse por sí misma), de manera congruente a la estructura.

En consecuencia, si desde una concepción sistémica de la sociedad el derecho puede ser interpretado en términos de sistema inmunológico en la formación de reglas para formar una especie de *anticuerpos*,¹¹⁵ en función de los casos conflictivos que tuvieron lugar en el pasado, el Derecho penal en particular puede ser entendido como uno de sus principales mecanismos de defensa. Ciertamente, no el único. Pero esta sola consideración habilita y hasta alienta una reelaboración funcionalista del Derecho penal.¹¹⁶

En este supuesto, por más que el sistema penal esté diseñado para tener sus efectos a través de una pena, vista como consecuencia jurídica, para tener lugar en sentido *kantiano* frente al *homo noumenon* –ser racional– y el internamiento preventivo, frente al *homo phaenomenon* –hombre como ser natural–,¹¹⁷ si el sistema inmológico de la sociedad no es aprovechado, no puede

¹¹³MIZRAHI, Esteban. Op. Cit, p. 25-26.

¹¹⁴Cfr. LUHMANN, Niklas. Op. Cit, p. 414.

¹¹⁵Ibid, p. 414.

¹¹⁶MIZRAHI, Esteban. Op. Cit, p. 25

¹¹⁷JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p. 67.

aprender ni construir los dispositivos apropiados para los casos de perturbación.¹¹⁸ Para lo cual la comunicación es uno de los soportes de la teoría de los sistemas, pues las sociedades modernas se caracterizan por una diferenciación de sus sistemas en subsistemas.¹¹⁹ Así la función del derecho tiene que ver con la posibilidad de comunicar expectativas y llevarlas al reconocimiento en la comunicación. Cuando LUHMANN, habla de expectativas quiere significar con ello, no sólo el estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido en la comunicación.

Precisamente, cuando aquella no se genera, es que surgen las sanciones como forma de autocorrección de la comunicación. Pues “la evaluación negativa de la posibilidad de desviación a causa de la norma, determina el costo social de la consolidación temporal y, a la vez, quién tendrá que pagarlo”. Por tanto, “quienes por razones personales (circunstanciales, objetivas), quisieran actuar en contra de las expectativas, se verían perjudicados de antemano. El derecho discrimina: decide a favor de uno y en contra de otro, –y esto en el marco de un tiempo futuro que no puede ser previsto”.¹²⁰ Aquí es cuando se podría hablar de destinatarios de expectativas normativas a falta de consideración de la norma, por su fidelidad o no al ordenamiento jurídico. En caso negativo, es cuando aparecen sujetos que el derecho propiamente trataría como no-personas, diferente del trato dado al ciudadano que cumple el derecho.

Por este motivo es que JAKOBS insiste tanto en que una cosa es el derecho postulado y otra cosa es la normativa *real* de una sociedad. Situación que es bastante gravosa sí se piensa en el caso depreciable de una sociedad en la que no importan los derechos humanos; piénsese por ejemplo en el despojo masivo de derechos en el nacionalsocialismo y el comunismo.¹²¹ –Con lo cual hoy podrían

¹¹⁸Cfr. LUHMANN, Niklas. Op. Cit, p. 414.

¹¹⁹URTEAGA, Eguzki. Op. Cit, p. 304.

¹²⁰Cfr. LUHMANN, Niklas. Op. Cit, p. 87-88.

¹²¹JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad. Op. Cit, p. 96.

hacerse múltiples ejemplos que con mayúscula divergencia alteran la vigencia de los derechos humanos—.

Lo anterior constituye una disparidad cuando se pretende recurrir a la solución de un problema social a través del Derecho penal, pues si aquel tiene lugar “en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto a sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad”,¹²² por ser precisamente la construcción de un contexto de comunicación que se determina por medio de reglas; será el mismo sustrato social el que determine o no su legitimidad, de tal suerte que, el Derecho penal no puede constituirse en todo contexto en la base de una revolución social.¹²³ Y mucho menos se puede esperar que todas las expectativas, —cualquiera que sean—, deban ser obedecidas.

La problemática de tales enlaces se observan desde el momento en que al Derecho se le atribuye la función de motivar. Eso está incluido en la simbología del "deber ser" de las expectativas. Sin embargo, eso sucede porque se quiere tener seguridad respecto de un futuro de inherente incertidumbre.¹²⁴ —Aquí es donde radica la aplicación prospectiva del derecho penal del enemigo—. “En el intento de prepararse, al menos en el nivel de la expectativa ante un futuro incierto —genuinamente incierto—. Por eso con las normas varía la medida en la que la sociedad produce un futuro acompañamiento de inseguridad”.¹²⁵

Se habla en este orden de ideas de titulares de derechos y deberes que son dirigidos a través de un cuerpo y una conciencia, en este aspecto la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella,¹²⁶ al tal efecto se podría hablar de destinatarios de expectativas normativas a falta de

¹²²El derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, (...). Por ello existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal. *Idem, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Op. Cit, pp. 21-22.

¹²³*Ibid*, p. 21-22 y ss.

¹²⁴LUHMANN, Niklas. Op. Cit, p. 89.

¹²⁵*Ibid*, p. 89-90.

¹²⁶JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p. 21.

consideración de la norma.¹²⁷ Correlativamente, una persona sólo puede ser tratada de manera constante como tal, si en general se comporta correspondiendo a la norma y manteniendo la vigencia del derecho.

1.2.3. La defensa del Derecho penal versus destinatarios de expectativas normativas

La base para legitimar un derecho penal del enemigo surte efecto por la defraudación constante a la norma, puesto que, quien delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento, se convierte en objeto de internamiento preventivo.¹²⁸ Y esto significa a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona.¹²⁹

Desde esta óptica, la persona en sí, es construcción del mundo ordenado normativamente, donde el que se desvía, pierde este carácter por defraudar constantemente el sistema. Partiendo de estas premisas se puede observar que, JAKOBS lo que hace es explicar una realidad que se evidencia de forma clara y concluyente, al describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo *no-persona*, y pronosticar también, a quién atribuirá en el futuro ese papel, puesto que:

[Es políticamente correcto] querer ver en todo ser humano en todos los sentidos una persona, y en toda persona, un partícipe de la comunidad jurídica, más exactamente, una partícipe o un partícipe de la comunidad jurídica, provisto de los llamados derechos humanos. Sin embargo, esta intervención se ocupa de los presupuestos de la juridicidad, y, con ello – cuando no concurren los presupuestos-, al mismo tiempo, de los límites de la juridicidad. (...).¹³⁰

¹²⁷Ibid, p. 24.

¹²⁸Ibid, p. 66 y ss.

¹²⁹Ibid, p. 66 y ss.

¹³⁰*Idem*. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez, (Coords.). *En Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, p. 94.

En lo que atañe a derechos elementales, es decir, en relación a las violaciones de los derechos humanos, que constituyen un injusto punible con independencia de dónde ocurran,¹³¹ se encuentra actualmente, en todo el mundo, el postulado según el cual: “existe un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido, de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos, y que por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena.”¹³² Sí se observa esta tendencia, en el período comprendido de 1990 a 2010, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia en la Haya, y el Estatuto de Roma, son muestras claras de esta premisa. Por tanto, “teniendo en cuenta los tribunales internacionales creados últimamente, no puede negarse a este postulado cierto grado de realidad en el lado de la *persecución penal*”.¹³³ Por ello, de por sí, contra los que vulneran los derechos humanos:

–Quienes por sí mismos, ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del Derecho– está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiera carácter real; esta autorización amplia es utilizada en la *praxis*, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan solo a un policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor se cambia el Código Penal y el Código Procesal Penal como si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares.¹³⁴

De esta manera, se declara al autor persona en Derecho, para poder establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aún por establecer podría legitimarse como orden universal (...). Este discurso, desde luego, no se dirige contra la intención de establecer derechos humanos de vigencia universal.¹³⁵ Pero cuando se trate de castigar a quienes vulneren estos derechos en el establecimiento de una Constitución mundial, no sería contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos.¹³⁶

¹³¹ *Idem. La pena estatal: significado y finalidad.* Op cit. p. 180-181.

¹³² JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Op. Cit. p. 51

¹³³ *Idem. La pena estatal: significado y finalidad.* Op. Cit, pp. 180-181.

¹³⁴ *Ibíd,* p. 182.

¹³⁵ *Ibíd,* p. 182.

¹³⁶ *Idem. Derecho penal del enemigo.* Op. Cit, p. 40.

Por consiguiente como menciona JAKOBS,¹³⁷ es deshonesto tratar a los enemigos como personas, pues no se puede abusar del carácter evidente del derecho penal del ciudadano, declarando como ciudadanos a los enemigos. De éste modo, el juicio según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en derecho, necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos.¹³⁸ En este discurso, el derecho aparece como: “el vínculo entre personas que son titulares a su vez de derechos y deberes, mientras que la relación con el enemigo, no se determina por el derecho, sino por la coacción”,¹³⁹ donde la más intensa sería la del Derecho penal.

Lo fundamental viene a ser que el derecho penal del enemigo se basa entre la distinción *ser humano* –el individuo– como concepto prejurídico y la *persona* como constructo normativo de la impunidad jurídico-penal. Por tanto, cuando se construye «normativamente» a la persona en este sentido, como destinatarios de las normas penales, es que se separa al derecho penal del enemigo de un Derecho penal orientado hacia el ser humano y fundamentado en la dignidad humana.¹⁴⁰

efectivamente, el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va comportar como persona. Sino existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.¹⁴¹ De esta forma JAKOBS hace unas precisiones en cuanto a la categoría de persona, pues sostiene de manera diferenciada que:

¹³⁷ *Idem. La pena estatal: significado y finalidad.* Op. Cit, p. 180-181.

¹³⁸ *Idem. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad*”. Op. Cit, p. 198.

¹³⁹ *Idem. Derecho penal del enemigo.* Op. Cit, p. 27.

¹⁴⁰ AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas.* Op. Cit, p. 121.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.* Op. Cit, p. 43.

(1) Ser persona en Derecho es algo sinalagmático, el otro ha de “participar”, a menos que se de la poco frecuente situación de que se lo tenga controlado como prisionero. Por lo tanto, la situación debe estar configurada como más o menos carente de riesgos. (2) Postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y sólo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente.¹⁴²

Como resultado, en palabras de Jakobs –retomando los escritos de *Kant sobre la paz perpetua*–,¹⁴³ no se puede tratar como persona a quien me amenaza constantemente, pues quien no participa en la vida en un Estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expelido, expulsado de la sociedad. De manera que, al igual que Hobbes,¹⁴⁴ conocen un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente por principio-y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía. Éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona.

En todo caso, esto no ha de implicar *per se*, que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, “es posible que el enemigo, se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se pueda sobrepasar la medida de lo necesario”.¹⁴⁵ Desde esta perspectiva, se trata principalmente de una *defensa frente a peligros*, esto es, de un derecho preventivo tanto policial como del orden –no de un derecho penal represivo en forma extrema–, no se trata ni siquiera de derecho, sino de pura fuerza (militar o policial).¹⁴⁶

Por consiguiente, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a bases de medidas policiales¹⁴⁷. Empero, “hoy en día no existe ninguna otra alternativa visible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos puede sobrevenir al

¹⁴² *Idem*, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. Op. Cit. p. 4.

¹⁴³ KANT, Emmanuel. *Escrito sobre la paz eterna*. En cita de JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Op. Cit, p. 33.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 43.

¹⁴⁶ AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Op. Cit, p. 123.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 23.

mismo tiempo de un modo incidental, por así decirlo, se convierte en el derecho penal de enemigos en el objetivo principal”.¹⁴⁸ Situación que claramente es ataque directo a la esencia misma del Derecho¹⁴⁹ y sobre todo en su ámbito penal, pues su fin de salvaguardar bienes jurídicos de suma importancia se ha corrompido.

En otras palabras, este tipo de derecho nace para contraatacar; reaccionar ofensivamente contra el avance del enemigo: “ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas”¹⁵⁰. Como se puede observar, esta práctica siendo real, es un ataque directo a la esencia misma del Derecho, pues está contrariando el fin para el cual ha sido creado, es decir, para salvaguardar bienes jurídicos de suma importancia. Pero finalmente, *¿Quién ostenta el calificativo o estigma social de enemigo? y ¿Quién decide quién es el enemigo?*

A lo largo de este estudio, se ha hablado constantemente del “enemigo” no obstante, sí se quiere identificar a aquel, hay que mirar diferentes puntos de vista. Sí se observa a partir del tratamiento dado por el legislador a determinadas conductas amenazantes y a determinadas expresiones de criminalidad, lo que implícitamente se está afirmando es: “que la condición de enemigo es algo que decide el legislador penal y no algo que exista en el mundo. Más claramente, en esta perspectiva la diferencia entre un ciudadano y un enemigo no dependería de

¹⁴⁸Ibid, p. 23.

¹⁴⁹ Según INHEREING el Derecho tiene un papel conformador de la sociedad y, siendo resultado de la lucha, adquiere una función instrumental, al servicio de fines e intereses que tienen la posibilidad de ser ejercitados a través de un poder coactivo organizado. Cfr. INHEREING, Rudolf v. Op. Cit, p. VIII.

¹⁵⁰JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 60.

una condición previa de cada individuo, sino de la actitud que el legislador asuma frente a él".¹⁵¹

Ahora bien, si se han de seguir los esbozos *ius* filosóficos de que se vale JAKOBS,¹⁵² para sostener su noción de derecho penal del enemigo, todo ello hace pensar que: "la condición de ciudadano o de enemigo es previa a toda consagración legal, en la medida que, cuando el legislador sanciona una conducta de una determinada manera, lo hace justamente en atención a la condición de ciudadano o de enemigo que pueda tener el infractor".¹⁵³ Por consiguiente, el trato que le reviste el Derecho penal a ciertos individuos, sería por su actuar bien sea peligroso, sospechoso o poco confiable para el colectivo social, que es en última lo que hace que se le vea y trate no como persona, sino como enemigo.

1.3. Paso de un derecho penal del acto a un derecho penal de autor

El derecho penal del enemigo como se ha entendido, transforma también la concepción tradicional del principio del hecho o del acto, entendido como: "aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor".¹⁵⁴ Ello recuerda al derecho penal de autor que propugnaron los penalistas Nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la "perversión" inclinación o tendencia del delito o peligrosidad criminal que pudiera tener su autor.¹⁵⁵

Vistas las cosas de esta manera, el derecho penal del enemigo riñe claramente con el principio del acto. Pues en estos casos, la pena se dirige hacia el aseguramiento de hechos futuros, y no necesariamente a la sanción de hechos cometidos, pues no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro futuro. Por lo tanto, no se parte de la

¹⁵¹GROSSO GARCÍA, Salvador. Op. Cit, p. 11.

¹⁵²JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 27 y ss.

¹⁵³GROSSO GARCÍA, Salvador. Op. Cit, p. 11.

¹⁵⁴AMBOS, Kai. Op. Cit, p. 137

¹⁵⁵MUÑOZ CONDE, Francisco. "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo". Op. Cit, p. 345.

conducta actuada, sino tan sólo de la planeada, dicho de otro modo, no del daño en la vigencia de la norma ya realizada, sino de un juicio de valor *a priori*, lo que puede ser adecuado en el caso de los terroristas –que son adversarios por principio–.

En este orden de ideas, lo que decide sobre la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho, (derecho penal del hecho), sino las características de su actor, (derecho penal de autor).¹⁵⁶ Así las cosas, el derecho penal del enemigo, al tachar un determinado grupo o colectivo social, como delincuente, criminal o infractores, sea porque pertenezcan a grupos terroristas, o porque hagan parte de carteles de la droga, sea porque pertenezcan a otras formas de criminalidad organizada, hace que prevalezca el Derecho penal del acto, sobre el derecho penal de autor, que juzga hasta por los pensamientos, para prevenir hechos posteriores, sólo atendiendo a la calidad de dichas personas o colectivos, en ocasión a actividades pasadas que perfilan y marcan su actuar presente y el futuro próximo, pues se crean medidas precisamente pensadas para contrarrestar ciertas formas de peligrosidad o grupos de criminalidad basadas sólo en expectativas –nótese la teoría de los sistemas de LUHMANN ya explicada, base conceptual de la tesis Jakobsiana–.

Sin embargo, a diferencia de lo que JAKOBS describe en una forma de anomalía que invade al Derecho penal de la época, el Estado moderno debería ver en el autor de un hecho, no al enemigo que hay que destruir, sino a una persona que mediante su conducta ha quebrantado la norma penal, y por ello, sin distinción de enemigo o ciudadano, se debería hacer un juicio de reproche por la conducta cometida, acorde con el principio del acto, pues en ultimas, es por la conducta desplegada que se llamaría a responder jurídico-penalmente al responsable del hecho, pero sólo atendiendo a las garantías procesales propias de un Estado Social de Derecho.

¹⁵⁶AMBOS, Kai. Op. Cit, pp. 137-138.

Desde esta óptica, el derecho penal del enemigo, no es realmente derecho, sino guerra, no se trata de una persecución jurídica, sino militar, en la medida en que las acciones que pretenden la seguridad de los ciudadanos frente a los actos hostiles de sus enemigos, ni siquiera son policivas, puesto que, éstas se dirigen claramente contra ciudadanos y no contra extraños.¹⁵⁷

Ciertamente, esta visión falsea el derecho, y significa la pérdida de derechos de quienes también tienen derecho, se está a un paso de la desaparición del derecho, como orden regulador de la conducta humana en sociedad: métodos correctivos como los de la ley del talión, parecieran persistir en el modelo de sociedad actual donde se está legitimando el dar de “baja”, en cualquier contexto fuera de combate o en guerra, apareciendo una dogmática penal autoritaria, donde en términos kantianos,¹⁵⁸ hay que separarse de quién no admite ser incluido bajo una constitución civil, en donde los que son sometidos no se les debe aplicar el derecho que opera en los sistemas jurídicos-políticos, sino el “derecho penal del enemigo”. En este supuesto el derecho penal del enemigo se legitima como el derecho penal del ciudadano, en la medida que el Estado se encuentra legitimado para reaccionar inclusive de manera más drástica al modo habitual, es decir dando muerte a quien se comporte como enemigo.¹⁵⁹

Así planteado el concepto del derecho penal del enemigo adquiere una nueva dimensión, “se trataría no de una nueva forma de Derecho penal, sino simplemente de la utilización del Derecho penal como instrumento para combatir a determinados “enemigos”, como una especie de instrumento de guerra de alcance medio frente a determinadas formas de agresión, contra un orden jurídico de cosas, que tiene como finalidad neutralizar los peligros que la presencia del *enemigo* comporta para la sociedad”,¹⁶⁰ como una forma de contraataque que opera visiblemente y en ocasiones sin control, porque en el poder estatal está la

¹⁵⁷GARCÍA, Salvador. Op. Cit., p. 7.

¹⁵⁸JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. Op. Cit, p. 16.

¹⁵⁹GARCÍA, Salvador. Op. Cit, p. 8.

¹⁶⁰ Ibid, p. 9.

base de dicha estrategia, que puede catalogarse tanto en el ámbito militar como político.

De esta forma, “la realización de todos los principios garantizadores del Derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio, que selecciona en razón de la persona. A partir de esta selectividad, queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche (...).¹⁶¹

Aunque algunos autores manifiestan que la obra de JAKOBS ha sido mal interpretada, hasta el punto que afirman, que dicho término ha llegado a ser *prostituido*¹⁶² conscientemente, atribuyéndose a dicha noción un contenido que no consta, o –por mejor decir– que consta fehacientemente que ese autor no predica, dentro de la terminología funcionalista que emplea el término “enemigo” y se le identifica como perteneciente a un status de no persona, cosa que sería errónea según Polaino, porque en su opinión:

No se quiere decir con ello, que ese sujeto haya de ser tratado con absoluta ausencia de garantías, con *violación de su dignidad personal* y ni como un *criminal de guerra*, y mucho menos de que se prescindiera del principio del acto, pues una cosa es que en ciertas *circunstancias personales del sujeto* (esto es: circunstancias de autor), pues aparentemente lo que se hace es, adecuar a aquel a las concretas circunstancias de peligrosidad real (objetiva) que constan en el sujeto, a efectos de arribar el trato más justo posible.¹⁶³

En mi opinión, el término sí que consta, y más allá, se legitima, en el entendido que dicha práctica es propagada como un virus y fácilmente se puede notar acudiendo a los discursos televisivos de mandatarios y gobernantes en diferentes gobiernos, que abiertamente desarrollan prácticas contra los enemigos ajustando para ello la misma ley, –el estigma racial en detrimento de la población

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio R. “La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”. En: *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 111.

¹⁶² POLAINO-ORTS, Miguel. Op. Cit, p. 173 y ss.

¹⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel. Op. Cit, p. 179 y Ss.

inmigrante,¹⁶⁴ el mantenimiento del modelo policial de gestión de los CIE en Europa con el desarrollo insuficiente de las garantías de los derechos de las personas internadas,¹⁶⁵ las campañas propagandísticas contra el terrorismo¹⁶⁶ por los sucesivos presidentes¹⁶⁷ en los Estados Unidos de Norte América, o las campañas para debilitar abiertamente a las FARC en Colombia, con acciones de guerra preventiva y procedimientos de derecho penal de emergencia,¹⁶⁸ lo ratifican—. En estricto sentido esto no compagina con las necesidades básicas de la sociedad actual y mucho menos con los postulados básicos de humanizar el Derecho penal.

¹⁶⁴ Cfr. WACQUANT, Loïc. “El estigma racial en la construcción del Estado punitivo norteamericano”. En *Astrolabio*, nº 10, 2005, pp. 145-159. Argumenta el autor que a lo largo de la década pasada la gran transformación política posterior a la era de los Derechos Civiles en los Estados Unidos, ha sido la formación de un pantagruélico estado penal que ha reconstruido la estratificación del país, de las ciudades y de la cultura civil, y que está modificando el carácter de la “negritud” en sí misma. La construcción de estas hipertróficas e hiperactivas policías, corte y sistema carcelario que han impulsado a los Estados Unidos en el ranking de los camponemos mundiales indiscutibles en encarcelamientos. En sentido similar el mismo autor en: “El color de la justicia. Cuando gueto y cárcel se asemejan y se ensamblan,” En Loïc Wacquant (ed.), *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*. Barcelona: Edición Anthropos, 2005, pp. 144-177.

¹⁶⁵ Cfr. Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía. “Una oportunidad perdida ante la aprobación del Reglamento de los CIE”. Disponible en: <http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1290&Itemid=63>. [Visto marzo 17 de 2014].

¹⁶⁶ Vid. CHOMSKY, Noam. *Piratas y Emperadores. Terrorismo internacional en el mundo de hoy*. Barcelona: Ediciones B, 2003, p. 12 y ss. En el mismo sentido véase, *Idem. Parias Urbanos. marginalidad en la ciudad*. Buenos Aires: Editorial Manantial, 2001, p. 183 y ss. WACQUANT Loïc, “Un acontecimiento catalizador: Post scriptum a propósito del 11 de septiembre”. En Loïc Wacquant (ed.), *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*, Barcelona: Edición Anthropos, 2005, pp. 231-233.

¹⁶⁷ El peligro más grave a que se enfrenta nuestra Nación está situado en el cícoice entre el radicalismo y la tecnología. Nuestros enemigos han declarado abiertamente que están buscando armas de destrucción masiva, y la evidencia indica que lo están haciendo con determinación. Estados Unidos no permitirá que sus esfuerzos tengan éxito. Construiremos defensas contra misiles balísticos y otros medios de lanzamiento. Cooperaremos con otras naciones para impedir, contener y limitar los esfuerzos de nuestros enemigos por adquirir tecnologías peligrosas. Y, en función del sentido común y la propia defensa, América actuará contra tales nuevas amenazas antes de que lleguen a constituirse como tales [George W. Bush, «La estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos de América»]. Cfr. AGUIRE, Mariano, “La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: La guerra preventiva y la ideología del imperio”. En *RIFP*, nº 21 Barcelona: Icaria, 2003, p. 236.

¹⁶⁸ Vid. APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”. En M. Cancio y Gómez-Jara Díez (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. I, 2006, p. 211 y ss.

Parece ser entonces, que, el Derecho penal se transforma en términos de supervivencia, línea que toma mayor sentido sí se sigue la explicación dada por BAUMAN en su obra *La sociedad sitiada*;¹⁶⁹ pues puede afirmarse que el Derecho penal funciona de manera similar sometido y armonizado al sistema que, “siempre ha apuntado, en primer lugar, a mantener su propia estabilidad a lo largo del tiempo. Por esta razón, “mantiene su patrón”, al desarmar y neutralizar las tensiones que lo amenazan. Todo lo que sirva a esta tarea, cualquier cosa que ayude a preservar el *statu quo* y a garantizar su inmunidad ante fuerzas disruptivas o marginales seguirá siendo “funcional”; muy por el contrario, cualquier elemento que contravenga la administración del sistema o ejerza presión exigiendo cambios, agregando así tensión al sistema, se podrá considerar “disfuncional”.¹⁷⁰ Esta es una de las razones por la que en el juicio de peligrosidad, el llamado por un Derecho penal de autor termina siendo más impresindible por los rasgos que llaman la atención en la era de banalización de la violencia.

Lo clave ahora en términos de “amigos y enemigos”, sería entender qué elementos o factores no son funcionales para el sistema penal. Más concretamente, qué va calando incluso en la cultura jurídica de manera rebosante, para comprender cuáles son “los motivos que llevan a poner en peligro cierta configuración del Derecho penal que, hasta hace poco tiempo, se creía que avanzaba hacia una, aún lejana pero cada vez más cercana, razonabilidad en la aplicación del control social penal”.¹⁷¹

Pese a lo expuesto, una pregunta fundamental como se plantea ZAFFARONI¹⁷² queda flotando: ¿Una dogmática penal sobre estas bases, no implica una contradicción entre el sistema penal y los derechos humanos? En efecto, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los derechos humanos. Esto puede parecer un contrasentido, dado que todos los

¹⁶⁹BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 36.

¹⁷⁰Ibid, p. 36.

¹⁷¹DÍEZ RIPOLLÉS, Jose L. *La política criminal en la encrucijada*. Op. Cit, p. X.

¹⁷²ZAFFARONI, Eugenio R. *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*. Op. Cit, p. 111.

instrumentos de derechos humanos se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías, no obstante, se evidencia una contradicción ideológica irreducible. Los derechos humanos no son una mera “ideología instrumental”, sino una ideología que configura una programática para toda la humanidad. Pero un “programa” es una anticipación y, por ende, se trata de algo que no está realizado, sino que debe realizarse como transformación social e individual.¹⁷³

La conclusión que se puede sacar, es que se evidencia que la praxis y la teoría jurídica no concuerdan con las necesidades sociales, pues hay un discurso simbólico del Derecho penal que perturba y contamina las luchas culturales, que son en últimas las que definen el devenir de los derechos humanos, entendidos como eso, como productos culturales. Aparece así, una paradoja que no conversa con el ser y el deber ser del derecho.

Opto por decir, que el derecho atraviesa por un periodo de crisis y de confusión, que al igual que en otras épocas, trata de ir a la par con los fenómenos sociales, pero su lógica discursiva se aleja constantemente de las necesidades más insatisfechas. Por ello, como muy bien menciona DEMETRIO CRESPO,¹⁷⁴ el vínculo de entre el ser y el deber del Derecho penal han de ser los derechos humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de derecho basadas en exigencias de seguridad, o en un estado de necesidad de cualquier tipo, que pase por alto este punto. Es según esta perspectiva inaceptable.

Un Derecho penal adecuado al ser humano, percibe al hombre real, «de carne y hueso» como un sujeto de imputación. Dispone de fundamentos jurídico-estatales y jurídico-constitucionales; sobre todo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (...). La dignidad humana debe ser el punto fijo y al mismo tiempo de partida de todo sistema de Derecho penal.¹⁷⁵

¹⁷³Ibíd, p. 111.

¹⁷⁴DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. Cit, p. 476.

¹⁷⁵AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Op. Cit. P. 125.

Coherente con lo anterior la teoría crítica promulgada por el maestro HERRERA FLORES,¹⁷⁶ nos enseña que los derechos humanos deben servirnos para aumentar nuestra “potencia” y nuestra “capacidad” de actuar en el mundo., precisamente para levantar las voz de protesta frente a realidades incoherentes en la búsqueda de un lugar más justo e igualitario, pues en la lucha por la dignidad está la clave del futuro, y es necesario, revitalizar los derechos y adaptarlos a las nuevas necesidades sociales, ya que el diario vivir demuestra que entre más se crean instrumentos internacionales para su protección, más se abre la brecha para su profundización en las desigualdades e injusticias, que hacen cada vez más amplia la separación entre los dos polos.

Con todo, no queda duda que la obra de JAKOBS, de forma clara y contundente, ha revolucionado el mundo del derecho en general y del Derecho penal en particular, no sólo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sino en la comunidad internacional en la lucha por combatir el terrorismo, tema que ha adquirido gran popularidad después de los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, por el ataque a las Torres Gemelas., creándose un “boom” para tratar de denominar a quienes podrían ser catalogados como terroristas, que en la obra de Jakobs, serían los que él tacha entre otros, como individuos peligrosos, perseguidos no sólo por los actos que cometen, sino que en flagrante violación al principio del acto, la realidad social demuestra que la etiqueta los persigue en ocasión a su vida pasada, presente y la imaginada hacia el futuro como forma de prevenir ulteriores delitos. En este orden de ideas, es urgente reorientar el debate para crear nuevas formas de crear y pensar el mundo en que vivimos, pues no se puede pensar una sociedad dividida entre amigos y enemigos, sino se entiende y recrea el derecho, pero de otro modo.

De otro modo, es pensando que sólo puede existir un mundo justo e igualitario con todos y todas, sin exclusión, ni injusticias, cuando las necesidades mínimas vitales estén satisfechas, cuándo quiénes monopolizan cada esfera de

¹⁷⁶HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Valencia: Colección ensayando 1., 2006, p. 69.

nuestros territorios, entiendan que no se puede vivir dignamente si no hay respeto por el otro. Y respetar al otro significa, saber que hay seres que viven en la miseria y quieren vivir con dignidad, para que la delincuencia no sea la opción más próxima a la supervivencia, y donde las leyes no se hagan para aplicarse a un sector con máxima lesividad, por la conformación de un sistema un tanto corrupto e inflexible, tratando a un cierto círculo social como enemigo para aplicarles de la forma más severa todo el peso de la ley, situación que termina siendo pura creación política producto del monopolio de la fuerza y no guiada por la idea de igualdad y justicia social que deben acompañar el mundo del derecho, dado el accionar de Estados “miopes” y parcialmente inoperantes.

1.4. El derecho penal del enemigo: un retroceso en la historia

Es evidente que el problema que JAKOBS describe en nada es novedoso, aunque por otro lado, representa su mayor complejidad en la limitación de su campo de actuación: la técnica de la consumación anticipada existía –y existe,¹⁷⁷ en la realidad la aplicaba el legislador desde antiguo y se justificaba en función de la especial peligrosidad de las conductas realizadas, que no sólo podían comprometer bienes jurídicos esenciales, sino que *de facto* constituían una vulneración de las normas de flaqueo.¹⁷⁸

De hecho, en la teorización de la política criminal siempre se postularon mayores cuotas de represión para los crímenes más graves, incluso desde las posiciones más radicalizadas. Además, casi siempre se ha teorizado una represión diferente para los no molestos (a la policía) y otra para los molestos, destinando a los últimos medidas de segregación o eliminatorias desproporcionadas con la gravedad de las infracciones cometidas.¹⁷⁹

¹⁷⁷POLAINO-ORTS, Miguel. Op.cit. p. 53.

¹⁷⁸ Ibid. p. 53.

¹⁷⁹ZAFFARONI, Eugenio. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. En: *cuadernos del inadi*, Claudio Morgado ed, nº 01, 2010, p. 1.

De esta forma, aunque su aporte es crítico, alarmante y preocupante, “nada diferente es lo que ha propuesto Günther Jakobs en tiempos recientes, bajo la impresión de una categoría especial de patibularios, que serían los terroristas. Salvo su sinceridad y precisión –en el uso del calificativo de enemigos– la propuesta no es novedosa. Se puede considerar que es la conducta banal de un penalista impresionado por hechos de inusitada gravedad”.¹⁸⁰

En efecto, la diferenciación entre amigos y enemigos no es una categoría que sea realmente nueva, así por ejemplo, en CARL SCHMITT, dice ZAFFARONI,¹⁸¹ se ve claramente que la distinción de enemigo data desde el derecho romano, donde el enemigo no era cualquier sujeto infractor, sino “el otro, el extranjero”. Donde el concepto de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El primero, era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, *el hostis*,¹⁸² era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad.¹⁸³

Tal descripción, tuvo repercusión no sólo por la condición que se ostentaba en la vida social, sino que también paso a ser algo decisivo en las características de cierta colectividad. Al respecto, el médico psicopatólogo GUSTAVE LE BON, llevó a cabo a finales de la década 1870, a conjurar sobre la «cuestión criminal», un estudio con la jerarquización de las civilizaciones, clases y sexos, para lo cual midió el cráneo y el cerebro de personas –mujeres y hombres, adultos y niños– pertenecientes a razas «superiores» e «inferiores», pero también a clases superiores e inferiores; estudio que se basó en la psicología de las multitudes, con

¹⁸⁰Ibid, p. 1.

¹⁸¹Idem, ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 22.

¹⁸²Idem. Explica Zaffaroni, que la palabra *hotis*, viene de la raíz sánscrita *ghas-*, que alude a comer, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de víctima.

¹⁸³Ibid, p. 22.

la idea de demostrar la desigual distribución de la inteligencia y la razón. Descripción que reza así:

Con edades, tallas, y pesos iguales, el volumen del cráneo del hombre y la mujer varía según el grado de civilización. «Escasas entre las razas inferiores, las diferencias se vuelven inmensas en las clases superiores. Entre éstas las últimas, los cráneos femeninos, a menudo apenas sí están más desarrollados que los de las mujeres de razas muy inferiores». Mientras que sitúa a la media de los cráneos parisienses entre los mayores cráneos conocidos, a los femeninos los clasifica entre los más pequeños de los cráneos observados, más o menos en el nivel de los de las chinas, apenas por encima de los cráneos femeninos de Nueva-Caledonia. De ahí la feroz oposición a la inmigración (¡la de las categorías «inferiores» se entiende!): «Los peores desastres en los campos de batalla son infinitamente menos terribles que semejantes invasiones. Era un instinto muy fiable el que enseñaba a los pueblos antiguos a temer a los extranjeros».¹⁸⁴

Esta *prehistoria del derecho penal del enemigo*,¹⁸⁵ puede buscarse también en PROTÁGORAS y en PLATÓN. Este último desarrolló, por vez primera en el pensamiento occidental, la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando ésta es irreversible, debe ser eliminado¹⁸⁶. Por su parte Protágoras sostenía: “una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un *derecho penal diferencial*: los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad”.¹⁸⁷ La experiencia histórica demuestra “con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios¹⁸⁸ (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes”,¹⁸⁹ disminuyendo así la disposición de tratar al delincuente como persona.

¹⁸⁴ MATTELART, Armand. Op. Cit, p. 42.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. “La legitimación del control social de los Extraños. En: M. Cancio Meliá, C. Gómez, Jara Díez (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., p. 1126.

¹⁸⁶ Ibid, p. 1126.

¹⁸⁷ Cfr. VEDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, 1962, p. 35. Vid. ZAFFARONI, Eugenio R. *La legitimación del control social de los Extraños*. Op. Cit, p. 1126.

¹⁸⁸ Es una obviedad a estas alturas de la discusión, recordar la existencia de leyes penales que, en concretos ámbitos del Derecho penal vigente, se aproximan o son expresiones de una u otra orientación. De modo que la novedad no estriba en la existencia de manifestaciones legales del Derecho penal autoritario, sino en todo caso en su recobrado ímpetu y en su nueva formulación teórica. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José. “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”. *Revista penal*, 2009, nº. 19, p. 53.

¹⁸⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-02, 2005, p. 2. [En línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. [Consultado noviembre de 2010].

Probablemente la novedad de este derecho penal del enemigo,¹⁹⁰ al que se refiere JAKOBS, es que este tipo de derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de derecho e incluso, a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y en las declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de derecho, que acogen en sus Constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo, los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del proceso penal.

Y ¿Qué opinar del sistema penal en lo que a procedimientos se refiere? Un procedimiento penal absurdo y a veces secreto; la falta de controversia de la prueba, los testigos secretos y pagados, los jueces ocultos en la oscuridad; un sistema penal inoperante no acorde con las necesidades del medio que convierte en meses o años lo que en la ley dura apenas pocos días; las etapas sumariales indefinidas; deficiente dotación de los despachos judiciales, mala asistencia social para funcionarios, morosidad de los pagos, todo lo cual va en desmedro de la administración de justicia; insuficiencia de juzgados y de medios de investigación, lo que lleva al atiborramiento y la impunidad; falta de defensa para los procesados de clase popular que tienen con qué pagar un abogado; esto para no dar sino unos ejemplos de una calamitosa situación.

Es este carácter de derecho penal excepcional,¹⁹¹ derogador de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, contenidos también en las Declaraciones y Convenios internacionales sobre derechos humanos, lo que desde el primer momento ha provocado su rechazo. En la medida que representa un grave peligro no sólo para el Derecho penal sino para todo el derecho en su conjunto desde los postulados del Estado Social y democrático de derecho, que pudieran favorecer o legitimar los excesos con el Derecho penal de

¹⁹⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo". Op. Cit, p. 340.

¹⁹¹Ibíd., p. 340.

sistemas políticos autoritarios.¹⁹² Y ¿Qué opinar del sistema penal en lo que a procedimientos se refiere?

Un procedimiento penal absurdo y a veces secreto; la falta de controversia de la prueba, los testigos secretos y pagados, los jueces ocultos en la oscuridad; un sistema penal inoperante no acorde con las necesidades del medio que convierte en meses o años lo que en la ley dura apenas pocos días; las etapas sumariales indefinidas; deficiente dotación de los despachos judiciales, mala asistencia social para funcionarios, morosidad de los pagos, todo lo cual va en desmedro de la administración de justicia; insuficiencia de juzgados y de medios de investigación, lo que lleva al atiborramiento y la impunidad; falta de defensa para los procesados de clase popular que tienen con qué pagar un abogado; esto para no dar sino unos ejemplos de una calamitosa situación.¹⁹³

Lógicamente este discurso significa el adiós por el respeto a los derechos humanos, pues todo lo que sea necesario para la seguridad colectiva puede ser hecho, en razón de que el Derecho penal debe adaptarse a la estructura normativa de la sociedad, al considerar a los delincuentes como una cosa peligrosa, aislarlos, excluirlos, porque son el enemigo. Apareciendo una legitimación del Derecho penal no acorde con la razón del propio derecho, donde debe primar la dignidad humana como principio reinante de todo el ordenamiento jurídico-político, sino que el derecho se desarrolla en función de categorías de seguridad social.

Por consiguiente, en todo este discurso el trato punitivo diferenciado a seres humanos “privados de la condición de personas, provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del Estado Constitucional de Derecho, por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues ello implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto”.¹⁹⁴ Las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como

¹⁹²Ibíd., p. 341.

¹⁹³AGUDELO BETANCUR, Nódier. Estudio preliminar a la obra de BECCARIA, Cesare. *El tratado de los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 3era ed, 2006, p. XXXI.

¹⁹⁴ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 9.

pedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.¹⁹⁵

Sin lugar a dudas, la tendencia es la creación de una dogmática penal aparentemente nueva, o más bien disfrazada, donde los planteamientos inspirados por el gran pensador Cesares Beccaria, que revolucionaron el mundo del derecho, al plantear la dignidad humana como el principio que debe irradiar todo el orden jurídico existente, donde la pena sólo debe existir si se deriva de la absoluta necesidad y con proporcionalidad a los delitos, para no caer en excesos y acudir al derecho sólo como ultima *ratio*, se han perdido.

Lo anterior, porque se ha caído en la máxima intervención del Estado por la legitimación de una estructura social que condena, tacha, y etiqueta al delincuente que debe ser sometido y tratado diferente y por tanto hay que aislarlo de la sociedad, lo cual debilita la teoría de los derechos humanos, desde cualquier perspectiva que aquí pueda ser interpretada, porque hay un uso arbitrario de la ley por quienes ostentan el poder y porque hay Estados que dicen ser democráticos cuando lo que desarrollan son prácticas tiranas y autoritarias, porque niegan que los “enemigos” también tienen derechos. Por lo tanto, una cosa es la flexibilización de las garantías, (fundamentales o constitucionales), y otra distinta es la flexibilización de los principios tradicionales del Derecho penal.¹⁹⁶

Así se pone al descubierto una situación que ha estado oculta y se pone de manifiesto como nunca antes, pues la tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el Estado constitucional de derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado de triste memoria, se llamaría entre nosotros *doctrina de la seguridad nacional*.¹⁹⁷

¹⁹⁵Ibíd, p. 13.

¹⁹⁶MODOLELL GONZÁLES, Juan. Op. Cit, p. 335.

¹⁹⁷ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit; p. 9.

En esta lógica, ya no se sabe de qué estamos hablando si del derecho a la seguridad¹⁹⁸ o si de la seguridad de los derechos.¹⁹⁹ Parece existir resistencia entre la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos y la necesidad de garantizar la seguridad a los mismos. Sin embargo, ambos discursos van de la mano, están yuxtapuestos, no se pueden percibir los derechos humanos sin seguridad, pero está, a su vez, no es la única que los garantiza, hay un conjunto de elementos y la seguridad sólo es una parte de ese todo, que debe ser dado por el Derecho. Es cierto que el colectivo social necesita del derecho a la seguridad, como afirma Jakobs²⁰⁰, pero de allí no se deriva, que el Estado esté justificado para actuar de cualquier manera con el fin de satisfacer dicho derecho. La seguridad es entendida en realidad como:

Efecto de la regulación adecuada de un sistema convulso, intrincado, de expectativas, necesidades, derechos [...] la seguridad aparece considerada en un solo aspecto: el de tranquilidad de la vida ciudadana, de la defensa frente a los delitos “predatorios” frente a las agresiones urbanas a los bienes individuales, llevadas a cabo por sujetos procedentes de sectores sociales de marginación.²⁰¹

El bien público de la seguridad se compagina con la idea de sentir seguros y garantizados un conjunto de derechos propios, pero la necesidad de seguridad no puede reducirse solamente a la satisfacción de las necesidades *lato sensu*, económicas, sino de aseguramiento y, por lo tanto, de pleno disfrute de los derechos fundamentales.²⁰² Ciertamente, es en la promesa de “la seguridad en la sociedad civil en lo que se funda el pacto social, es decir, en la atribución del

¹⁹⁸CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit, p. 3.

¹⁹⁹Vid. BARATTA, Alessandro. “Concepto actual de la seguridad en Europa”. En: *Revista Catalana de Seguridad Pública*, nº 8, 2001, p. 18-19. Cfr. DUARTE QUEVEDO, Jaime. “¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?”. En Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Hechos del callejón*, nº 43, 2007, p. 8. Disponible en: <http://indh.pnud.org.co/files/boletin_hechos/Invitado_Jaime_Duarte.pdf>. [Consultado en agosto de 2010].

²⁰⁰MODOLELL GONZÁLES, Juan Luis. Op. Cit, p. 335 y ss.

²⁰¹MOCCIA, Sergio. “Seguridad y sistema penal”. En: CANCIO MELIÁ, y GOMÉZ, Jara Díez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., 2006, p. 301.

²⁰²Ibid, p. 300.

soberano y, por tanto, en la autoridad de los nacientes Estados de derecho o del poder monopolístico de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza legal”.²⁰³

Lo contrario sería dejar imponer un régimen donde la seguridad es el máximo valor de un Estado y no la libertad de ejercer la plenitud de los derechos, pues “la eterna vigilancia de la libertad debe entenderse como el establecimiento de un Estado que, en nombre de los ciudadanos, de sus derechos y sus diferencias, provee todo para su cuidado y no como el control institucional de la libertad”.²⁰⁴

En definitiva la crisis de gestión del problema a través de la represión tiene lugar cuando nos encontramos frente a la dimensión difusa de los conflictos. En otras palabras el sistema de justicia penal se muestra ineficaz, generando él mismo “sentimientos difusos de inseguridad”.²⁰⁵ En la medida que, como recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y, a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.), condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública, el resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de violación de los derechos”.²⁰⁶

En este entendido, la seguridad ya no es la consecuencia de un orden social tendente a la justicia, sino el éxito de opciones políticas aproximadas, orientadas en el mejor de los casos a la reducción de daños²⁰⁷. No obstante, contrario a lo que afirma JAKOBS, en un Estado de Derecho las formas de

²⁰³Ibíd. p. 299.

²⁰⁴DUARTE QUEVEDO, Jaime Arturo. ¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos? En *Revista Hechos del Callejón*. PNUD-Colombia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Año 5, n° 43, 2009, p. 8.

²⁰⁵ Ibíd, p. 299.

²⁰⁶Vid. BARATTA, Alessandro. “Concepto actual de la seguridad en Europa”. Op. Cit, p. 19. Véase también, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”. Fernando Pérez Álvarez, (ed), En: *Universitas vitae*. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca: Aquilafuente, 121, 2007, p. 195.

²⁰⁷MOCCIA, Sergio. Op cit., p. 318.

actuación, los medios utilizados, son tan importantes como el fin perseguido, de allí que en relación a dicha forma de Estado puede aseverarse con todo rigor que “el fin no justifica los medios” y aquí radica lo criticable de la posición de Jakobs, precisamente en legitimar el medio en función del fin perseguido²⁰⁸. De esta manera, como expresa DEMETRIO CRESPO²⁰⁹, la problemática del llamado “derecho penal del enemigo” subyace en una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad.

El Derecho penal que debe ser redirigido a la protección de bienes jurídicos, y derechos fundamentales para el individuo y para la sociedad en su conjunto, se operativiza y aparece contrario a “derecho” pues su tendencia es inhumanizar el derecho mismo, incrementando las penas desproporcionadamente, es como si fuera una conversión a un sistema de estirpe inquisitivo, donde la situación procesal del acusado como diría BECCARIA²¹⁰, era de inferioridad ya que disponía de escasos recursos defensivos frente a un sistema de pruebas legales y presunciones elásticas, que permitían probar casi cualquier acusación contra él. Por consiguiente, se veía en todo acusado a un culpable y un pecador, el típico enemigo de la historia.

Por ello, desde el punto de vista político-criminal, “parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último, unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su

²⁰⁸MODOLELL GONZÁLES, Juan Luis. Op. Cit., p. 335.

²⁰⁹CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. M. Cancio Meliá, C. Gómez, Jara Díez (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, Vol. I, p. 428 y ss.

²¹⁰En sus tiempos la finalidad del proceso era que el reo confesara su “pecado”, o sea, su “culpabilidad” y para lograr dicha confesión se hacía uso de la tortura con tormentos inimaginables, por ello una crueldad consagrada por el uso de las mayor parte de las naciones, es la tortura del reo mientras se desarrolla el proceso, bien para constreñirlo para que confiese un delito, bien por las contradicciones en que puede incurrir, bien para descubrir sus cómplices, bien por no se qué metafísica e incomprensible purgación de infamia bien, finalmente, por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no se le acusa. BECCARIA, Cesare *De los delitos y de las penas*. Presentación de Nódier Agudelo Betancur. Bogotá: Temis, 3era ed, 2006, p. 27.

intervención”.²¹¹ El poder punitivo como intenta demostrar Zaffaroni,²¹² siempre discriminó a seres humanos y le deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que siempre los considerabas como entes peligrosos, incorregibles, cual plaga de peligrosidad que siempre hay que combatir.

1.4.1. Derecho penal del enemigo en el nacionalsocialismo y el franquismo

*“Negar” la historia no es lo mismo que “revisar” la historia.
Por lo tanto, negar el Holocausto no es lo mismo que revisar el Holocausto.*²¹³

En el pasado, múltiples manifestaciones de inhumanidad, nada que ver con el respeto a los derechos humanos, reflejan la subvaloración del hombre al *status* de la “no-persona”. La esclavitud es un ejemplo por excelencia: “el vencedor que dejó con vida al enemigo vencido en lugar de degollarlo, lo hizo porque comprendió que un esclavo vivo era más valioso que un enemigo muerto, lo conservó por la misma razón que el propietario hace lo mismo con el animal doméstico, el *serv-are* del *servus* (esclavo), tuvo lugar para el fin de *serv-ire* (servir)”.²¹⁴ De hecho, los romanos llamaban también al esclavo *homo* –ser humano, que no es otra cosa que animal de trabajo, no sujeto de derecho.²¹⁵

Pero en el transcurso de la historia se encuentran formas más duras a la esclavitud para explicar la suerte del débil ante el poderoso en su trato como no-persona. A modo de ejemplo, puede resaltarse el proyecto nacionalsocialista de la Alemania nazi y el caso Español durante la época del franquismo, para situarnos en escenarios menos recientes que sirvan de comparación para evidenciar cómo dicha forma de entender el derecho, trae un hilo conductor que no aleja para nada

²¹¹CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. Op. Cit, p. 431.

²¹²ZAFFARONI, E. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 11.

²¹³UMANSKY, Ana Laura. ASSANDRI, Adriana. “La negación del Holocausto. Un problema de Metodología histórica”. En *nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, nº 28, Argentina, Abril de 2007, p. 42.

²¹⁴IHERING, Rudolf von. Op. Cit, p. 121.

²¹⁵Ibid, p. 121.

el presente del pasado, con regímenes totalitarios nada respetuosos de la tutela de los derechos humanos.

1.4.1.1. El nacionalsocialismo y las no-personas en derecho

Durante el Régimen de Hitler –en la consolidación del Tercer Reich– bajo dirección del *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP), Partido Alemán Nacionalsocialista de los Trabajadores, desde 1921, e incluso antes, en la República de Weimar, período comprendido entre 1918 a 1933, distinta en esencia a la Alemania Nazi, pero no así distanciados entre sí, se condujo un desarrollo de la dogmática penal que se identifica con la antinomia Derecho penal liberal y derecho penal del enemigo.

La era de Weimar fue un período turbulento, energético, caótico, liberador y aterrador de la historia alemana. En términos estrictos la República de Weimar duró desde el verano de 1919 cuando la Constitución fue aprobada, hasta la toma del poder nazi con el ascenso de Hitler el 30 de enero de 1933.²¹⁶ Aunque una de las primeras medidas adoptadas²¹⁷ por el régimen nazi, en 1933, fue excluir a los judíos de los cuerpos de funcionarios del Estado, y, en general, de todo cargo de carácter público; ya existían actos preparativos como el sistema de medidas de seguridad acogido en 1933 con la ley sobre el delincuente habitual,²¹⁸ previo a la llegada de Hitler al poder durante la República de Weimar.²¹⁹

²¹⁶ Weimar Germany, 1918/19-1933. Volumen 6. [En línea]. http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Weimar%20Intro%20Final_web.pdf. [Documento consultado, marzo de 2011]

²¹⁷ En estos años, la emigración de los judíos se produjo con calma y buen orden, y en cuanto se refiere a las restricciones de sacar dinero del país, debemos reconocer que, si bien dificultaban la emigración, no la hacían imposible, ya que los judíos podían transferir buena parte de su fortuna a países extranjeros, y, por otra parte, tales restricciones afectaban a todos los alemanes, judíos o no; también es de consignar que fueron decretadas en los tiempos de la República de Weimar. Cfr. ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Op. Cit. p. 29.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 37.

²¹⁹ *Ibid.* p. 37.

Período que intento de manera ambiciosa responder a los desafíos de la modernidad de una manera auténticamente democrática, pero lamentablemente se decantó por una solución *autoritaria*,²²⁰ o peor aún, totalitaria. En un Estado totalitario se considera lícito y legítimo sin ser contrario a derecho, “alterar la verdad, reescribir retrospectivamente la Historia, distorsionar las noticias, suprimir las verdaderas, agregar falsas: la propaganda sustituye a la información. De hecho, (...) no se es ciudadano, detentador de derechos, sino súbdito y, como tal, deudor al Estado (y al dictador que lo encarna) de fanática lealtad y sojuzgada obediencia. Así era Alemania en el Nacionalsocialismo.²²¹ Justamente, es preferible referirse al régimen de Hitler con la denominación de totalitario, por estar orientado a la abolición de la libertad, incluso a la eliminación de la espontaneidad humana en general.²²²

²²⁰ROA LLAMAZARES, César. *La República de Weimar*. Manual para destruir una democracia. Madrid: Catarata, 2010, p. 19.

²²¹LEVI, Primo. *Si esto es un hombre*. Muchnik, ed., Pilar Gómez Bedate (trad). Barcelona: Muchnik, 2002, p. 99.

²²²Si consideramos el Estado totalitario exclusivamente como un instrumento de poder y dejamos al margen los aspectos de su eficiencia administrativa, su capacidad industrial y su productividad económica, entonces su falta de conformación resulta ser un instrumento idealmente apto para la realización del llamado principio del jefe. Una continua competencia entre organismos que no sólo tienen funciones superpuestas, sino que se hallan encargados de idénticas tareas, no deja casi ninguna posibilidad de ser efectivos a la oposición o al sabotaje; un rápido desplazamiento en el énfasis que relegue a un organismo a la sombra y eleve a otro a la autoridad puede resolver todos los problemas sin que nadie llegue a ser consciente del cambio o del hecho de que haya existido oposición, siendo ventaja adicional del sistema la probabilidad de que el organismo en competencia jamás llegue a conocer su derrota, dado que no es suprimido en absoluto (como en el caso del régimen nazi) o es liquidado mucho más tarde, sin relación aparente alguna con la cuestión específica. Esto puede realizarse aún más fácilmente dado que nadie, excepto los pocos iniciados, conoce la relación exacta entre las autoridades. Sólo de vez en cuando el mundo no totalitario capta un atisbo de estas condiciones, como, por ejemplo, cuando un alto funcionario en el exterior confiesa que un oscuro empleado administrativo de una embajada era su superior inmediato. En retrospectiva, es a menudo posible determinar por qué ocurrió semejante pérdida de poder o, más bien, lo que en definitiva sucedió. Por ejemplo, no es difícil de comprender hoy por qué, cuando estalló la guerra, personas como Alfred Rosenberg o Hans Frank fueran destinadas a cargos del Estado y eliminadas así del verdadero centro del poder, es decir, del círculo íntimo del Führer. Lo importante es que no solamente no conocían las razones de semejantes actos, sino que, presumiblemente, ni siquiera sospecharon que, puestos en apariencia tan relevantes como el de gobernador general de Polonia o el de ministro del Reich para todos los territorios orientales, no significaban la cota máxima, sino el final de sus carreras en el nacionalsocialismo. El principio del jefe no establece una jerarquía en el Estado totalitario en grado diferente a como actúa en el movimiento totalitario; la autoridad no se filtra desde arriba a través de capas sucesivas hasta llegar a la base del cuerpo político, tal como sucede en los regímenes autoritarios. La razón de hecho es que no existe jerarquía sin autoridad y que, a pesar de los numerosos errores relativos a

Las políticas totalitarias —lejos de ser simplemente antisemitas, racistas, imperialistas o comunistas— usan y abusan de sus propio elementos ideológicos y políticos hasta tal punto que llega a desaparecer la base de realidad fáctica, de la que originalmente derivan su potencia y su valor propagandístico las ideologías.²²³

En general es, bastante complejo, realizar un análisis racional del fenómeno del Nazismo cuando se hace referencia al mismo como el *shoá*, el intento de exterminio no consentido.²²⁴ Reflexión que ya ha sido hecha por diversos estudiosos, entre los que se destaca el historiador británico KERSHAW, cuando puntualiza sobre la coyuntura de la Alemania Nazi bajo la dirección de un líder que hablaba en tono apocalíptico de conceptos, tales como, el poder o la destrucción del mundo y de un régimen sustentado en la repulsiva ideología del odio racial, por uno de los países cultural y económicamente más avanzados de Europa, desencadenando una conflagración mundial que se cobró las vida de casi cincuenta millones de personas y perpetró atrocidades de una naturaleza y una escala que desafían los límites de la imaginación.²²⁵

Al respecto, la Otreidad fue reducida al estatus de no-persona a extremos inconcebibles; precisamente la mayor parte de las veces el enemigo es, en algún caso, no-humano o semi-humano, y en todos los casos «inferior».²²⁶ Era tal la subvaloración en el sistema nazi, que el contacto directo entre esclavos y señores se redujo al mínimo. No sobra advertir, que aquellos no gozaban del *status* de personas en derecho, pues en los tiempos de entreguerras, piénsese, –en el nazismo, fascismo, estalinismo– “se distinguió claramente entre los extraños y disidentes y los iguales. Los disidentes fueron sometidos a tribunales policiales

la llamada «personalidad autoritaria», el principio de la autoridad es en todos los aspectos importantes diametralmente opuesto al de la dominación totalitaria. Cfr. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Grupo Santillana de Ediciones. Madrid, 1998, p. 326.

²²³Ibid, p. 9.

²²⁴FINOCCHIARO, Alejandro. 1946-2006. “A sesenta años de Nüremberg ¿Qué aprendimos?”. En: *Nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, Nº 28, Argentina, Abril de 2007, p. 176.

²²⁵Cfr. Kershaw, Ian. En HOBBSAWM, Eric. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Crítica, Grijalbo Mondadori, 1998, p. 116.

²²⁶FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit, 137.

especiales o ejecutados sin proceso. Los criminales graves también eran eliminados físicamente. Los molestos, llamados extraños a la comunidad en el nazismo y parásitos en el estalinismo, eran destinados a campos de concentración eliminatorios. Los iguales eran tratados conforme a la legislación penal de la que se ocupan los manuales de la época”.²²⁷ LEVI,²²⁸ escritor italiano que padeció los estragos de la Guerra, sobrevivió para contarlo:

Todos los alemanes eran testigos de la multiforme barbarie antisemita millones de ellos habían presenciado, con indiferencia o con curiosidad, con desdén o quizás con maligna alegría, el incendio de las sinagogas o la humillación de los judíos y judías obligados a arrodillarse en el fango de la calle. Muchos alemanes habían sabido algo por las radios extranjeras, y muchos habían estado en contacto con prisioneros que trabajaban fuera de los campos. No pocos alemanes habían encontrado, en la calle o en las estaciones de ferrocarril, filas miserables de detenidos: en una circular fechada el 9 de noviembre de 1941 y dirigida por el jefe de Policía y de los Servicios de Seguridad a todas [...] las comisarías de Policía y a los comandantes de los Lager, se puede leer: «En particular, hemos debido constatar que durante los traslados a pie, por ejemplo de la estación al campo, un número apreciable de prisioneros cae muerto en la calle o desvanecido por agotamiento... Es imposible impedir que la población se entere de hechos semejantes». Ni siquiera un alemán podía ignorar que las cárceles estaban llenas a rebosar ni que en todo el país tenían lugar continuamente ejecuciones capitales; por miles se contaban los magistrados y funcionarios de policía, abogados, sacerdotes y asistentes sociales que sabían en términos generales que la situación era bastante grave.²²⁹

No obstante, el mismo LEVI²³⁰ se adelanta y reflexiona, sobre la base de que en las épocas actuales, aún se conserva una provechosa ventaja al tener el conocimiento de los horrores de la Guerra, puesto que, “el mundo en que vivimos hoy nosotros, los occidentales, presenta muchos y muy graves defectos y peligros,

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. Op. Cit, p. 5.

²²⁸ PRIMO, Levi. Op. Cit, p. 98.

²²⁹ (...) A nuestro alrededor todo nos es enemigo. Encima de nosotros se agrupan las nubes malignas, para separarnos del sol; por todas partes nos oprime la amenaza de las alambradas. Sus confines no los hemos visto nunca pero sentimos, todo alrededor, la presencia maléfica del hilo erizado que nos segrega del mundo... Y en los andamios, en los trenes en maniobra, en las carreteras, en las excavaciones, en las oficinas, hombres y más hombres, esclavos y amos, y amos que son esclavos de ellos mismos; el miedo mueve a uno y el odio a los otros, toda otra fuerza calla. Todos son aquí enemigos o rivales. Cfr. PRIMO, Levi. Op. cit, p. 23 y 100.

²³⁰ Ibid, p. 99.

pero con respecto al mundo de ayer goza de una enorme ventaja: todos pueden saber inmediatamente todo acerca de todo”. La información es hoy «el cuarto poder»: al menos en teoría, el cronista y el periodista tienen vía libre en todas partes, nadie puede detenerlos ni alejarlos ni hacerlos callar. Todo es fácil: si uno quiere, (...) dentro de una amplia gama de alternativas; puede comprar y leer los libros que quiera, sin peligro de que se lo inculpe por «actividades antiitalianas» ni de que sea allanada su casa por la policía política. Desde luego, no es sencillo sustraerse a todo condicionamiento, pero por lo menos es posible elegir el condicionamiento que uno prefiere.²³¹ En un Estado totalitario no es así.

La Segunda Guerra Mundial, como se explicará en los capítulos subsiguientes, fue consecuencia directa de las “heridas” sufridas por Alemania tras la constitución del Tratado de Versalles y tras el ataque a Polonia en 1939 en abierta violación al pacto, hecho que fue el detonante la Guerra. Dejando heridas que significaron a *posteriori*, en lo que al derecho se refiere, la consolidación de un sistema que estuvo inundado por toda clase de actos aberrantes, así *verbi gratia*, sí se habla de genocidio y de violaciones a los derechos humanos básicos, fueron actos que formaron parte entre 1933 y 1945 del ordenamiento jurídico del Estado. Esto queda ilustrado en el escrito *Eichmann en Jerusalén* de Hannah Arendt.²³² En tanto, se estaba en presencia de un Estado Criminal.²³³ Ciertamente, Hitler no hizo más que tomar el poder –a través del voto del pueblo alemán, en enero de 1933– y rellenar perversamente el molde del positivismo jurídico:

A través de una “refundación” de la Nación Alemana, en la cual como nuevo “legislador originario” fue demoliendo paso a paso todo vestigio del Estado de derecho, que comenzó a pocos días de asumir con la prohibición de todo periódico o acto público que atacara al nuevo Estado (4 de febrero de 1933); la disolución del Poder Legislativo (28 de febrero de 1933); el establecimiento de un sistema de partido único (14 de julio de 1933), la supresión de toda autonomía de los estados federados (enero de 1934) y la virtual anulación del Poder Judicial a lo largo de todo ese tiempo (demoledor para el sistema de justicia heredado de Weimar fue la creación del “Tribunal del Pueblo”, una especie de Justicia paralela que se regía con total arbitrariedad y que en pocos años desplazó a los juzgados penales de casi toda su

²³¹ Ibid, p. 99.

²³² ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Op. Cit. p, 4.

²³³ Cfr. TERNON, Yves. *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*. Barcelona: Península ed, 1995.

esfera de actuación. Estos “Tribunales del pueblo” se diseminaron por todas las ciudades alemanas y se convirtieron en otro órgano estatal por medio del cual el Nazismo proclamaba sus consignas y multiplicaba el terror en la población.²³⁴

En suma, la cuestión judía y el antisemitismo, fenómenos relativamente carentes de importancia en términos de política mundial, se convirtieron en el agente catalizador, en primer lugar, del crecimiento nazi y del establecimiento de la estructura organizadora del Tercer Reich, en el que cada ciudadano tenía que demostrar que él no era un judío; después, en el de una guerra mundial de una ferocidad sin equivalentes, y finalmente, de la aparición del crimen sin precedentes de genocidio en medio de la civilización occidental.²³⁵ Tal fue la crueldad en ausencia total de derecho, que muchos optaron por el suicidio, no sólo durante sino después, al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

Varias fueron las razones, y una de ellas le apunta a que “el suicidio es cosa humana y no de animales, es decir, es un acto meditado, una elección no instintiva, no natural; y en el *Lager* (campamento), había pocas ocasiones de elegir, se vivía precisamente como los animales domesticados, que a veces se dejan morir pero que no se matan”.²³⁶ Precisamente ARENDT describe, entre tantas cosas, cómo dentro de las reglas jurídicas de ese Estado criminal, desobedecer una orden se convertía en un delito, en una violación a la norma estatal, aunque la norma dijese “debes participar en la matanza de judíos”. Así, el delito de genocidio se conformó artesanalmente:

Las metáforas de la cocción ilustran su advenimiento. El caldo de cultivo puede llevar años cociéndose; sólo hacen falta las condiciones necesarias, la invitación oportuna y la suficiente vulnerabilidad. Tiene la particularidad de ir infiltrándose en las sutilezas de la cotidianeidad, imponiéndose con la fuerza de aquello que deviene natural. Se vuelve peligrosamente imperceptible, a la vez que su presencia se impone y toma por asalto a todo el conjunto social. Los ingredientes de su receta

²³⁴RAFECAS, Daniel. “El derecho penal frente al holocausto. (A propósito de unas obras recientes de Francisco Muñoz Conde y de Enzo Traverso)”. [En línea] <http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=6>. [Consultado Enero de 2014].

²³⁵ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus, Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 8.

²³⁶LEVI, Primo. *La tregua*, Turín: Einaudi, 1963, p. 66.

son múltiples, van mutando. La labor es continua y cada acto empleado en ese sentido aparenta ser inofensivo.²³⁷

Lo anterior, sumado al poderoso efecto que produce el ejercicio burocrático del poder estatal —por el cual hasta lo abyecto es convertido en algo rutinario y desapasionado (banal)—. A través de una implacable e incesante propaganda favorable al régimen y denigratoria de los enemigos externos e internos, campañas tan penetrantes que ni siquiera el desembarco de Normandía removió la fe en el Führer por parte de la mayoría del pueblo alemán.²³⁸ Indudablemente, “la amplitud del mal no establece límite alguno al uso de medios ajenos a las normas. Pues en cada ocasión, la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en la normalidad”;²³⁹ al punto que se ha permitido tratar al propio ser humano como una cosa inícuca, a la que por cuestiones más de poder, que por las mismas ideologías, hay que destruir, para generar pánico colectivo y perpetuar el poder de manera absoluta, acudiendo si es necesario al “derecho” para penalizar y exterminar.

Se puede resaltar como “obra maestra” de la época, la actuación protagónica de personajes representativos como el jurista Karl Binding (1846-1920) y el psiquiatra Alfred Hoche (1865-1943), que “etiquetaron a los enfermos mentales, discapacitados físicos, y otros, como genéticamente peligrosos y económicamente gravosos para la sociedad, y ofrecieron una base legal para obtener permiso para matarlos. Argumento que provocó una considerable oposición, pero fue influyente en el desarrollo del programa nazi de Eutanasia T-4”,²⁴⁰ pues proponían la eliminación de las personas desprovistas de valor vital.

Pero vale aclarar, que aunque la llamada biología criminal no fue descubierta por los criminólogos nazis, no cabe duda que fue en ésta época (1933-1945) y

²³⁷BRAYLAN, Marisa. “El delito de genocidio. La construcción de un discurso de la memoria”. En *nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, N° 28, Argentina, Abril de 2007, p. 196.

²³⁸ARENDET, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Op. Cit. p. 4.

²³⁹MATTELART, Armand. Op. Cit, p. 11.

²⁴⁰BINDING Karl and HOCHÉ, Alfred. “Permitting the Destruction of Life Unworthy of Living” (1920). *The Weimar Republic. 1918/19–1933*. Thomas Dunlap, Translation. Vol. 6. [En línea]. <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/EDU_BINDUNG_ENG.pdf>. [Consultado 28.02.03].

durante ese régimen, donde más uso se hizo de ella, no sólo en la práctica, sino también entre los teóricos, para fundamentar primero una política criminal eugenésica racista y legitimar el experimento de los “Minderwertige” que era como se llamaba a las personas que según los postulados ideológicos nazis, tenían “menos valor” porque pertenecían a grupos raciales distintos a la raza aria²⁴¹. En consecuencia, en palabras del teórico nazi Alfred Rosenberg, uno de los defensores más brutales del racismo y la eugenesia:

Entre la creencia impuesta de un amor infinito y de la igualdad de todos los hombres ante Dios, por un lado, y la proclamación de la irrelevancia de las razas propia de la democracia y de los “derechos humanos (que no están arraigados en absoluto en concepto nacionales de honor), por otro, la sociedad europea ha asumido el papel de protector de los inferiores, de los enfermos, de los tullidos, de los criminales y de los degenerados. “Amor” más “humanidad se ha convertido en la regla general que destruye todas las reglas vitales y todas las formas vitales de un pueblo y de un Estado y esto ha azuzado la venganza actual de la naturaleza. Una Nación cuyo centro encarna el honor y el deber no toleraría la vagancia o la criminalidad, sino que la expulsaría de su seno.²⁴²

Nótese que es el mismo léxico jurídico usado por los representantes del positivismo criminológico, para justificar normativamente que el que se desvía, pierde el carácter de ciudadano, por defraudar constantemente el sistema. Partiendo de estas premisas, se puede observar que, Jakobs lo que hace es explicar una realidad que se evidencia desde antaño de forma indiscutible, al describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo *no-persona*, y pronosticar también, a quién atribuirá en el futuro ese papel. Sí tal cosa es así, la teoría del Derecho penal como ha destacado Ferrajoli,²⁴³ funciona como un instrumento de sospecha, antes que de legitimación, de sus actuaciones y omisiones.

También algunos juristas de la época, entre los cuales se destaca Von Liszt,²⁴⁴ *inter alias*, apoyaron la idea de incorporar un derecho penal que

²⁴¹MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op. Cit, p. 262.

²⁴²ROA LLAMAZARES, Op. Cit, p. 71-72.

²⁴³FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed), Madrid: Trotta., 2004, p. 12.

²⁴⁴LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Prologo de Manuel de Rivacoba. 1era ed, EDEVAL, Valparaiso, Chile, Reimpresión Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de

entendiera la pena como una “servidumbre penal”, pues aquella se desarrollaría bajo la idea de ser cumplida en comunidad en recintos especiales, (presidios). Bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. En una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos, debería señalar el carácter incondicionalmente deshonoroso de la pena. Con dicha estrategia, la reclusión individual sólo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto.²⁴⁵

Se propuso, incluso, «internamientos de seguridad» de duración indeterminada para los delincuentes habituales: los vagos, mendigos o desocupados carentes de un puesto de trabajo fijo, que se encontraban en situación de «peligrosidad social» que debía ser objeto de medidas preventivas. Esta preocupación aumento notoriamente en Alemania tras su derrota en la Primera Guerra Mundial.²⁴⁶

Lo anterior, porque intentar corregir a tal gente, en presidios celulares siendo un costo muy alto, carecería simplemente de sentido para encarcelarlos, intentar corregirlos, y al cabo de un tiempo hacer la misma operación, sería una insensatez.²⁴⁷ Fundamentos todos ellos, que apoyan la tesis Jakobsiana, sí se sigue la hipótesis de que sería deshonesto tratar a los enemigos como personas, pues no se puede abusar del carácter evidente del derecho penal del ciudadano, declarando como ciudadanos a los enemigos.

En consecuencia, la práctica del derecho penal del enemigo puede verse reflejada, o incluso inspirada, en el totalitarismo nazi,²⁴⁸ donde el soberano

Investigaciones Jurídicas. Serie J, Enseñanzas del derecho y material didáctico, Núm 15. México 1994, p. 121-122.

²⁴⁵Ibíd. p. 121.

²⁴⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”. José Díez Ripollés, (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 489.

²⁴⁷LISZT, Franz von. Op, Cit, p. 121.

²⁴⁸GARCÍA-ESTELLER, Maresca M. Antes de leviatán: las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley. Guillermo Portilla Contreras, (Coord.), *En Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 89.

condenaba y exterminaba con toda su autoridad.²⁴⁹ Régimen que predominó después de la Primera y durante la Segunda Guerra Mundial, ambos eventos considerados hitos del derecho internacional público por su repercusión no sólo en la historia del derecho sino en la historia de la humanidad.

En Alemania se elaboró ya en los primeros años de la República de Weimar (1919-1933), un proyecto de código penal, redactado por el Ministro de Justicia, penalista y filósofo del derecho, Gustav Radbruch, que “preveía una medida de custodia de seguridad que permitiría mantener al delincuente habitual, una vez cumplida la pena, en un centro de trabajo por tiempo indeterminado. Esta medida que no llegó a aplicarse en aquel momento, fue finalmente introducida en el Código penal Alemán, ya en la época nacionalsocialista, con una ley sobre el delincuente habitual, que entre 1934 y 1944 se aplicó a más de 17.000 personas que fueron internadas en campos de concentración, de los que nunca más volvieron a salir con vida”.²⁵⁰

Son numerosos y extensos los escritos que narran desde diferentes perspectivas la forma de aplicar e implantar el derecho durante el régimen nacionalsocialista. Puede afirmarse que la época marcó una tensión fuerte entre el derecho y los usos extralimitados del mismo, lo cual refleja como ha descrito Frommel²⁵¹, el hecho que los jueces alemanes pronunciaran durante el dominio nacionalsocialista unas 60.000 penas de muerte; de ellas unas 16.000 Tribunales ordinarios y especiales; las otras 40.000 fueron pronunciadas por los Tribunales de guerra entre 1941 y 1944. Ello excede con mucho, desde un punto de vista netamente cuantitativo de la cruel normalidad con la que suelen actuar los Tribunales Penales en tiempo de guerra. Sirva como dato comparativo el que

²⁴⁹BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad”. José Díez Ripollés, (coord.), *En la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Homenaje al profesor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos. 2002, p. 3.

²⁵⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”. Op. Cit. p. 489.

²⁵¹FROMMEL, Monika. *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus. La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*. Muñoz Conde, Francisco (Trad). Publicado en *Recht und rechtslehre im Dritten Reich*, Ringvorlesung der Universität Kiel, 1990, p. 45.

mientras que en 1914 y 1918 [durante la Primera Guerra Mundial], se pronunciaron unas 300 condenas a muerte, sólo en 1942 se pronunciaron más del doble cada mes, unas 700. “Esto bajo el imperio de un ordenamiento jurídico criminal y por un Estado criminal”.²⁵²

El agravante está, en que el derecho y sobre todo en su ámbito penal, fue visto como medida preventiva, para preveer e imputar al tiempo penas por actos no cometidos, así por ejemplo, lo antisocial para la época era asociado igualmente con ciertas características, para definir el grado o el tipo de peligrosidad, por eso se estableció el grupo de extraños a la sociedad “*gemeinschaftsfremde*” durante el régimen nazi,²⁵³ *el hostis*, los “asociales” que se apartaban de los valores y principios que regían “la comunidad del pueblo” (“*Volksgemeinschaft*”), tanto porque cometían hechos delictivos, “criminales” como porque sin llegar todavía a ello se comportaban de forma contraria a esos principios y llevaban una vida disoluta, de vagabundaje, mendicidad, o simplemente refractaria al trabajo.²⁵⁴

No obstante, aún en tiempos de zona de penumbra, “tampoco puede aceptarse la teoría de la violencia preventiva: de la violencia sólo nace la violencia, en un movimiento pendular que va ampliándose con el tiempo en lugar de disminuir”.²⁵⁵ En general, la operación entorno a la “*cuestión judía*”, no encontró límite alguno para las operaciones de exterminio²⁵⁶ llevadas a cabo durante la época nazi, si se relee a Levi, se puede constatar la dimensión de la inhumanidad, cuando él describe la barbarie en la que vivieron los “extraños a la comunidad”:

En las condiciones inhumanas en que se mantenía a los prisioneros es raro que éstos pudiesen adquirir una visión de conjunto de su universo. Podía suceder, sobre todo para quienes no entendían el alemán, que los

²⁵² ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. Op. cit, p. 157.

²⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op, cit, p, 262.

²⁵⁴ Ibid, p. 262.

²⁵⁵ LEVI, Primo. *Los hundidos y los salvados*. Pilar Gómez Bedate, (trad.), Barcelona: Personalia de Muchnick Editores, 1986, p. 174.

²⁵⁶ Al respecto, Traverso hace un análisis histórico sobre el exterminio nazi relacionado al totalitarismo, pues el término es adecuado para recoger el sentido profundo de un siglo dominado por la violencia, por el exterminio de masas y el genocidio, del cual Auschwitz, (...) ha devenido el símbolo. Cfr. TRAVERSO, Enzo. “El totalitarismo. Uso y abusos en un concepto”. Forcadell Álvarez, Carlos y Alcutén, Alberto (coords.), *Las Escalas del pasado*. Op. Cit, p.100.

prisioneros no supiesen siquiera en qué punto de Europa se encontraba el Lager donde estaban y al que habían llegado después de un viaje agónico y tortuoso en vagones sellados. No conocían la existencia de otros Lager aunque estuviesen a pocos kilómetros de distancia de ellos. No sabían para quién trabajaban. No entendían el significado de ciertos cambios imprevistos en las condiciones ni los traslados en masa. Rodeado por la muerte, muchas veces el deportado no estaba en condiciones de valorar la magnitud de la aniquilación que se estaba llevando a cabo ante sus ojos. El compañero que hoy trabajaba a su lado, mañana había desaparecido: podía estar en la barraca de al lado o borrado del mapa; no había posibilidad de saberlo. Se sentía, en resumen, dominado por un enorme edificio de violencia y de amenaza, pero no podía formarse una imagen de él porque tenía los ojos pegados al suelo por las vitales necesidades cotidianas de cada minuto.²⁵⁷

Precisamente la crueldad tuvo su faz jurídica, tan represiva que legitimaba la barbarie, eso quedó reflejado en el escrito de MUÑOZ CONDE²⁵⁸ en su estudio sobre el proyecto nacionalsocialista del tratamiento de los extraños a la comunidad, "Gemeinschaftsfremde": (incapaces de comunidad, mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente (como "Liederlichen" (disolutos), "Versager" (fracasados). Todos ellos constituían el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor.²⁵⁹

Es en el último período del régimen nacionalsocialista y en plena Guerra Mundial (1939-1945), cuando se impulsan los trabajos preparatorios del Proyecto de Ley enunciado, pues de una forma aún más radical, se pretendía la inocuización de los que conforme a la ideología nazi se consideraban sujetos "extraños a la comunidad".²⁶⁰ Incrementando, por tanto, la selección eugenésica (a través de la esterilización y la castración), el control, mediante el internamiento en

²⁵⁷ Los numerosos hornos crematorios habían sido proyectados, construido, montados y verificados por una empresa alemana, la Topf de Wiesbaden (que aún estaba activa a finales de 1975: construía hornos crematorios para uso civil y no había considerado necesario hacer cambios en su razón social). Es difícil pensar que el personal de estas empresas no se diese cuenta del significado exacto de la calidad y de la cantidad de las instalaciones que les encargaban los mandos de las SS. Cfr. LEVI, Primo. Op. Cit, p. 15-16.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad". Op. Cit, p, 487.

²⁵⁹ Ibid, p, 487.

²⁶⁰ *Idem. Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo.* Op. cit, p. 178.

campos de concentración y, en última instancia, la eliminación física, de los que eufemísticamente se llamaban "Gemeinschaftsfremde", concepto bajo el cual se comprendían diferentes grupos de personas, fundamentalmente marginados sociales, delincuentes sexuales (incluyendo entre ellos a los homosexuales), ladrones y estafadores de poca monta, etc., contra los que la SS quería proceder aún más enérgicamente de lo que ya permitían las medidas de seguridad contra el delincuente habitual introducidas en el Código penal alemán en 1934.²⁶¹

Dichos aportes se deben de manera particular a algunos juristas ilustres de la época, entre los que se resalta, MEZGER., pues usó indistintamente los conceptos de enemistad al derecho (Rechtsfeindlichkeit) y de ceguera al derecho (Rechtsblindheit), refiriéndose a una actitud que no está de acuerdo con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto, de modo que, bajo condiciones normales, no deba disculpar, sino por el contrario, configurar el fundamento de la punición.²⁶²

Todos estos vejámenes, por una parte, y el carácter a la vez repentino y masivo de la *Shoah* que, en tres años, pulverizó una historia secular de emancipación, asimilación e integración de los judíos en el seno de las sociedades europeas²⁶³, fue lo que permitió que el Derecho a tener derechos pasara a ser lo atípico. Es más, realmente durante los años cincuenta y la primera parte de los años sesenta, el *judeocidio* conoció en el espacio público occidental, un eclipse casi total²⁶⁴, pese a los ejemplos terroríficos de esta enemistad traducidos en "ultrajes a la raza (relaciones sexuales entre alemanes y judíos, penadas con

²⁶¹ *Ibid*, p. 178.

²⁶² La elaboración más extrema del tema del trato penal diferencial al extraño o enemigo la llevó a cabo EDMUND MEZGER, quien participó junto a FRANZ EXNER en la elaboración de un proyecto sobre extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde), destinado a eliminarlos en los campos de concentración y que, por cierto, eran los mismos que para los positivistas configuraban la mala vida e incurrían en peligrosidad sin delito. Vid. ZAFFARONI, Eugenio R. "La legitimación del control social de los extraños". Op. cit, pp. 7-8.

²⁶³ TRAVERSO, Enzo. *La historia como campo de batalla. Laura Fóllica (trad.)*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p, 18.

²⁶⁴ *Ídem*. "La memoria de Auschwitz y del comunismo. El "uso público de la historia". En *Memoria*. Revista Mensual de política y cultura, nº 166, 2002, p. 5.

muerte), el aborto y la sodomía”.²⁶⁵ Razones todas que justificaron ese tratamiento –como no-persona–, lo cual puede observarse cuando se definió como extraño²⁶⁶ a:

«1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo,

2. Quien, a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o

b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o

3. Quien por su personalidad o [arma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia)».

Este desastre normativo no era por vengar a la sociedad, –esencia del derecho criminal, eco atenuado de la vieja ley del talión– por lo que se debe impedir que el hombre delincuente (el enemigo) pueda causar daño, sino que fue creado en nombre de la defensa social, principio basado en una ley darviniana, el derecho que nace de la lucha por la existencia;²⁶⁷ pero se le puede agregar otra nota distintiva, nace a su vez como prístina lucha de poder en función de la formación de un nacionalismo conquistador, agresivo, no igualitario, y evidentemente antidemocrático. No queda duda que el nazismo permitió el encuentro y la fusión de dos figuras paradigmáticas: el judío, el “otro” del mundo

²⁶⁵ZAFFARONI, Eugenio R. “La legitimación del control social de los extraños”. Op. cit, p. 8.

²⁶⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”. Op, Cit, pp. 504-509.

²⁶⁷MATTELART, Armand. Op cit. p. 36.

occidental, y el "subhombre", el "otro" del mundo colonizado²⁶⁸. En suma, fue la legitimación del antisemitismo²⁶⁹ para exterminar al inferior/peligroso carente de excelstitud.

Vale decir que, justamente esta preocupación por los peligrosos y mucho más por los que habitualmente comenten delitos, era la postura típica de un penalista XIX.²⁷⁰ Cuanto más elevado fuese el grado de antisociabilidad y peligrosidad del autor, más riguroso sería el tratamiento;²⁷¹ puesto que la intención era culminar una política de depuración y selección racial, "limpieza étnica" que al principio se dirigió:

contra los que no eran de raza aria, es decir, principalmente contra los judíos, pero también contra los gitanos y negros (Leyes de Nuremberg en 1935); más tarde contra los "pueblos extraños", como los polacos (en 1940 se creó un Derecho penal especial para Polonia), ucranianos, rusos y demás "fremdvolkisch", para finalmente incluir a los "Gemeinschaftsfremde", que, aún siendo de raza aria (y en esto se diferenciaban de los grupos anteriores) no cabían incluir en el concepto de verdadero miembro de la comunidad alemana, por adolecer de algún defecto o tara hereditaria que los convertían en "personas de menor valor". Tanto a unos, como a otros, se les privaba primero de todos sus derechos como "Volksgenosse" (miembros de la comunidad), luego del derecho a la libertad (internándolos en campo de concentración) y finalmente del derecho a la vida (simplemente matándolos, utilizando sobre todo para las ejecuciones masivas cámaras de gas instaladas al efecto en los campos de concentración).²⁷²

Para llevar a cabo esta política racista se utilizaron métodos "para evitar una descendencia indeseable", apoyándose en las teorías de la "herencia biológica", pero sobre todo el internamiento en campos de concentración.²⁷³ Al mismo tiempo el régimen nazi emitía una tras otra leyes de contenido penal, propias todas ellas del totalitarismo,²⁷⁴ siendo "utilizadas por la enorme burocracia

²⁶⁸ TRAVERSO, Enzo. *La violencia nazi. Una genealogía europea*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 4.

²⁶⁹ El Holocausto es una experiencia que tiene sus propias causas, el antisemitismo, que tiene su propia dinámica. Cfr. TRAVERSO, Enzo. "Historiografía y memoria: Interpretar el siglo XX". En *Aletheia*, nº 1(2), 2011. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.4821/pr.4821.pdf>.

²⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op. Cit, p. 173.

²⁷¹ MATTELART, Armand. Op cit. p. 36.

²⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad". Op. Cit, p. 491

²⁷³ Ibid. p. 492

²⁷⁴ La idea de totalitarismo a conocido a lo largo del siglo XX, un curso sinuoso en el cual se han alternado épocas distintas. En algunos este concepto dominó el espacio político y cultural, en

estatal, pero especialmente por las agencias policiales para llevar adelante aquel incesante proceso de compresión de libertades y demás derechos que derivó en el Holocausto, en sus seis etapas: definición, expropiación, concentración (o guetoización), explotación, deportación y aniquilación, y que apuntaron también a mantener un rígido control sobre la población en general”.²⁷⁵ Todo esto sucedió en un sistema que carecía en todo sentido de “derecho”, en el sentido que era impesable continuar sin mantenerse, lejanamente ausente, auspiciando las horrores bajo un no-derecho, pues los juristas de la época o lo validaban, o lo disfrutaban, o temían también bajo amenaza desaparecer.

Por tanto, como explica RAFECAS²⁷⁶ el sistema de la época no se basaba en un sistema de “derecho” y menos penal. En primer lugar debe aclararse que, “durante la dictadura nacionalsocialista, es muy poco lo que se puede decir respecto del papel cumplido por parte de un Derecho penal en tanto discurso contentor del ejercicio ilimitado de poder punitivo, ya que prácticamente toda la actividad encarada por la totalidad de las agencias del sistema penal nazi, incluyendo las judiciales y las de reproducción ideológica, estuvieron encaminadas desde un principio a aumentar de modo incesante los espacios del Estado policial”.²⁷⁷

Sin lugar a dudas, lo padecido es la muestra más clara de inhumanidad. Pero en definitiva la secuela más fuerte es la que ha quedado en la memoria;

otras conoció un eclipse prolongado. A pesar de estas oscilaciones continuas, su ingreso en nuestro vocabulario político es ahora irreversible. Hemos asistido, durante los últimos años, a un renacimiento espectacular de este concepto. (...). Dos elementos esenciales se encuentran en el origen de este resurgimiento, ambos vinculados a la conciencia histórica de Occidente. Siendo el primer elemento la memoria histórica del genocidio de los judíos que, después de haber sido por décadas ocultada y reprimida, es puesta ahora en el centro de nuestras representaciones de la historia del siglo XX, convirtiéndose en el objeto de verdadera «política de memoria». Cfr. TRAVERSO, Enzo. Op. Cit, p. 99.

²⁷⁵Cfr. RAFECAS, Daniel E. “El derecho penal frente al holocausto. (A propósito de unas obras recientes de Francisco Muñoz Conde y de Enzo Traverso)”. [En línea]. Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho, Cátedra Hendler. <http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=6>. [Consultado en octubre de 2013].

²⁷⁶ Ibidem

²⁷⁷ Ibidem

muchos afectados directos, juristas, sociólogos, filósofos, etc; han intentado explicar cómo pudo ocurrir tal suceso, pero lo más importante es entender los excesos cometidos para que hechos similares no vuelvan a repetirse en los tiempos actuales.

Cuestión que debe ser pensada de manera preocupante cuando se apoyan ideas que tienen como base que, para ser tratados por lo menos hoy, como personas en derecho, se tendría que cumplir con el correspondiente deber so pena de terminar siendo controlado para no resultar peligroso.²⁷⁸ Típico combate que viene desde antaño como forma de defensa social, legitimando un Derecho penal que se dirige a individuos que en caso necesario²⁷⁹ deben ser deshechados. Con lo cual, la Segunda Guerra Mundial siempre será el referente para analizar con lujo de detalle, el resultado que corren los “enemigos” cuando son perseguidos por el Derecho y sobre todo en su ámbito penal.

No obstante, en el mejor de los casos, aún sus repercusiones como espantosa devastación, esta histografía basada en los hechos bélicos más representativos en la humanidad, debe servir para “enriquecer la conciencia de los hombres como objetivo ineludible; mejorar, desde la experiencia de la muerte, la riqueza de la existencia humana; y hacer de la historia de una indignidad, un aporte a la dignidad de la vida;²⁸⁰ pero reconstruyendo sin miedo a la memoria. En el entendido de que tras su silencio podría quedar la idea de que aún los juicios realizados, “por necesarios que fueran y a pesar de su manifiesta insuficiencia (...), se puede difundir la idea de que el problema había ya quedado superado”.²⁸¹

²⁷⁸ JAKOBS, Guñther. “¿Derecho penal del enemigo? Op, Cit, p. 96.

²⁷⁹ JAKOBS, Guñther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p. 68.

²⁸⁰ LIBERMAN, Arnoldo. El mandato de la memoria. . En *nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, N° 28, 2007, p. 153.

²⁸¹ (los doce procesos celebrados en Nuremberg, más otros que se desarrollaron dentro y fuera de las fronteras alemanas, hasta el de 1961 en Jerusalén, que concluyó con la muerte en la horca de Eichmann y abrió el camino a una nueva serie de procesos en la República Federal) los responsables de la confusión intelectual que ha impedido pensar Auschwitz durante decenios.

Ciertamente, las experiencias que, como la Shoá, cuestionan la propia condición humana, instalaron obstáculos originales para la memoria y la transmisión. El ejercicio planificado del horror expuso una serie de dilemas específicos e introdujo la pregunta de cómo evocarlo y representarlo, y desafió la capacidad misma de aquellos que lo padecieron, pero también de quienes procuran perpetuar su recuerdo para asegurar la transmisión de lo ocurrido.²⁸² Lo importante a resaltar acá es, que el proceso de tránsito generacional sirve para “potenciar estos desafíos a partir de la participación creciente en la vida social de aquéllos para quienes estos sucesos límites son sólo hechos aprendidos y desenvuelven sus propias experiencias vitales en nuevos marcos culturales, sociales y políticos”.²⁸³ Lo anterior es necesario mantenerlo vivo, como forma de reivindicar las luchas ganadas, pues como el mismo LEVI explicara, con un “Holocausto que surgió como exigencia inconsciente de justificar la muerte *sine causa*, de restituir un sentido a lo que no parece poder tener sentido alguno, nunca se sabrá a carne viva cuánto pudo ser el horror vivido y mucho menos, hasta qué punto pudo ser tolerado”.

Es más, “la humanidad sobrevivió, pero el gran edificio de la civilización decimonónica se derrumbó entre las llamas de la guerra al hundirse los pilares que lo sustentaban”.²⁸⁴ Lo más lamentable, es que, “el siglo XX no puede concebirse dissociado de la guerra, siempre presente aun en los momentos en los que no se escuchaba el sonido de las armas y las explosiones de las bombas”.

Cfr. AGAMBEN, Giorgio. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer (III)*. Antonio Gimeno Cuspínera (trad.), Valencia: Pre-textos, 2000, p. 10.

²⁸² CRENZEL, Emilio. El exterminio como desafío a la memoria y la transmisión. En *nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, N° 28, 2007, p. 165.

²⁸³ *Ibid*, p. 165.

²⁸⁴ HOBBSAWM, Eric. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Crítica, Grijalbo Mondadori, 1998, p. 30.

1.4.1.2. Identificación del derecho penal del enemigo en la época del Franquismo

*"Si morimos en silencio como quieren nuestros enemigos
el mundo ignorará aquello de lo que el hombre
fue capaz, de lo que todavía es capaz: el mundo
no se conocerá a sí mismo".*

PRIMO LEVI.

Son muchas las corrientes ideológicas que explican el origen de la guerra y la dictadura, según se identifiquen o no, con el régimen franquista. De hecho, la literatura es abundante,²⁸⁵ pero según la forma en que el historiador entienda y narre los hechos, se entenderá la historia, en razón al olvido de lo acaecido que padece la sociedad española, que parece sobrellevar las circunstancias bajo signos amnésicos.

Al respecto, puede decirse que, fueron diversos los motivos que incitaron a la guerra, entendiendo como tal, el periodo comprendido de 1936 a 1939, como la época que marcó lo que se conoce como la *Guerra Civil en España*,²⁸⁶ para dar

²⁸⁵Cfr. SEVILLANO CALERO, Francisco. *Exterminio. El terror con Franco*. Madrid: Oberon, 2004. ARÓSTEGUI, Julio. MARCO, Jorge y GÓMEZ BRAVO, Gutmaro (Coord). "De Genocidios, Holocaustos, Exterminios. Sobre los procesos represivos en España. Durante la Guerra Civil y la Dictadura". En: *Hispania Nova*. Revista de Historia Contemporánea, no 10, 2012, pp. 1-6. ZARAGOZA PELAYO, Rafael. "Las causas de la guerra civil española desde la perspectiva actual: aproximación a los diversos enfoques históricos". En: *HAOL*, No. 14, 2007, pp. 167-174. PRESTON, Paul. *El holocausto español. Odio y exterminio en el Guerra Civil y después*. Catalina Martínez Muñoz y Eugenia Vázquez Nacarino, (trad.), Barcelona: Debate, 2011, p. 29-70. RODRIGO, Javier. "España era una patria enferma. La violencia de la Guerra Civil y su legitimación en la extrema derecha española: entre historia, representación y revisionismo". *Guerra Civil, las representaciones de la violencia*. Javier Rodrigo y Miguel Ángel Ruiz Carnicer, (coords.), En *Revista de historia Jerónimo Zurita*, No 84. 2009, pp. 189-230; entre otros.

²⁸⁶Durante la Guerra Civil española, cerca de 200.000 hombres y mujeres fueron asesinados lejos del frente, ejecutados extrajudicialmente o tras precarios procesos legales. Murieron a raíz del golpe militar contra la Segunda República de los días 17 y 18 de julio de 1936. Por esa misma razón, al menos 300.000 hombres perdieron la vida en los frentes de batalla. Un número desconocido de hombres, mujeres y niños fueron víctimas de los bombardeos y los éxodos que siguieron a la ocupación del territorio por parte de las fuerzas militares de Franco. En el conjunto de España, tras la victoria definitiva de los rebeldes a finales de marzo de 1939, alrededor de 20.000 republicanos fueron ejecutados. Muchos más murieron de hambre y enfermedades en las prisiones y los campos de concentración donde se hacían en condiciones inhumanas. Otros sucumbieron a las condiciones esclavistas de los batallones de trabajo. A más de medio millón de refugiados no les quedó más salida que el exilio, y muchos perecieron en los campos de internamiento franceses. Varios miles acabaron en los campos de exterminio nazis. Todo ello

paso a la dictadura franquista, que culminaría tras la muerte de Franco, en 1975. No hay del todo, estricta claridad, respecto de quiénes eran los “enemigos”, esto se induce dependiendo del bando vencido. Pero sobre lo que si hay claridad, es sobre el hecho que miles de hombres fueron arrastrados a la guerra por dos bandos fanatizados: “Las democracias no ayudaron a ninguno de los bandos. Ayudaron dos estados totalitarios a dos bandos totalitarios: la URSS a la República, y Alemania e Italia a Franco”.²⁸⁷

Por tanto, que la violencia ordenada por los poderes militares y civiles sublevados contra la República en julio de 1936, y desplegada por elementos cercanos a ellos, fue legítima, proporcionada o que era respuesta a otra violencia precedente, es un típico tan antiguo como las necesidades de legitimación de la acción represiva de las autoridades franquistas²⁸⁸. La violencia física y psicológica fue un elemento consustancial al Régimen a lo largo de las décadas que duró, si bien experimentó modificaciones, así como intensidades distintas a medida que las circunstancias iban imponiendo cambios²⁸⁹. El régimen fue una era de terror donde matar se sustentaba bajo la legalidad de las formas.

En tal sentido, se le ha llegado a denominar a tal suceso, como una época caracterizada por el exterminio²⁹⁰ y la represión,²⁹¹ con una legitimada licencia contra la barbarie. El “bárbaro” era el no-español, el moralmente degenerado, quien no pertenece a la comunidad civilizada, resultando por ello excluido de las más elementales reglas que regulan la interacción social y la convivencia ciudadana. Por este motivo, el “bárbaro” aunque viva dentro de las propias

constituye lo que a mi juicio puede llamarse el «holocausto español. Vid. PRESTON, Paul. Op. cit, p. 17.

²⁸⁷ZARAGOZA PELAYO, Rafael. “Las causas de la guerra civil española desde la perspectiva actual: aproximación a los diversos enfoques históricos”. En: *HAOL*, No. 14, 2007, p. 173.

²⁸⁸RODRIGO, Javier. Op. Cit, p. 189.

²⁸⁹SAN FRANCISCO, Matilde. “Represión, restricción, manipulación: estrategias para la ordenación de la sociedad y del estado”. En: *Hispania Nova*. Revista de Historia Contemporánea, nº 6, 2006, p. 9.

²⁹⁰Cfr. PRESTON, Paul. Op. cit, p. 41.

²⁹¹MIR CURCÓ, Conxita. “El estudio de la represión franquista: una cuestión sin agotar”, *Ayer*, 43 2001, pp. 11-35.

fronteras nacionales, es considerado una suerte de extranjero que resultó seducido por productos intelectuales ajenos a la autenticidad española.²⁹² Así, el consenso generalizado le apunta a que la violencia fue la médula espinal de la dictadura de Franco. Como demuestra FRANCISCO ESPINOSA,²⁹³ “la singularidad de la sublevación militar iniciada el 17 de julio de 1936 residió en su firme decisión de exterminio rápido del oponente. Los golpistas actuaron desde el primer momento con la convicción de que cuanto más dura y cruel fuera la represión y más gente se viera involucrada en ella, más fácil sería lograr los objetivos de derribar la República y de destruir de raíz las bases sociales del sindicalismo y de los partidos de izquierda”.

La represión²⁹⁴ fue por excelencia la estrategia de control y dominación. Sobre este aspecto, el profesor SÁNCHEZ RECIO²⁹⁵ propone un análisis de la represión²⁹⁶ desde tres niveles distintos de acuerdo con los resultados: a) las muertes por ejecuciones, b) el encarcelamiento y c) las repercusiones de un régimen de terror en la creación de un ambiente de miedo, desconfianza e inseguridad. La contribución de la historiografía nos permite añadir otros niveles a dicho análisis que encuadraríamos en el contexto general de un gobierno restrictivo, de contención y dominación: el hambre, con la política autárquica; el aislamiento social con la censura informativa o las limitaciones de contactos con el exterior; las condiciones del mundo laboral, proclives a la desmovilización social; el sometimiento a la ideología imperante a través de campañas protagonizadas

²⁹² AMPUDIA DE HARO, Fernando. “Distinción social y franquismo: dicotomía vencedor/vencidos”. En *Actas del II Congreso Internacional de Historia de Nuestro tiempo*. Logroño: Universidad de la Rioja, 2010, p. 286.

²⁹³ CASANOVA, Julian. Presentación. “Una dictadura de cuarenta años”. Julián Casanova, (Coord.), En *Morir matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*. Crítica ed, Barcelona, 2002, p. IX.

²⁹⁴ ESPINOSA MAESTRE, Francisco. *Callar al mensajero. La represión franquista*. Entre la libertad de información y el derecho al honor. Barcelona, península, 2009.

²⁹⁵ SÁNCHEZ RECIO, Glicerio. “Inmovilismo y adaptación política del régimen franquista”. Roque Moreno Fonseret y Francisco Sevillano Calero (eds.), *El franquismo Visiones y balances*, Universidad de Alicante, 1999, pp. 17-18.

²⁹⁶ SAN FRANCISCO, Matilde. “Represión, restricción, manipulación: estrategias para la ordenación de la sociedad y del estado”. En: *Hispania Nova*. Revista de Historia Contemporánea. No 6, 2006, p. 9.

por la Iglesia Católica y Falange Española.²⁹⁷

En lo que a la lucha contra el enemigo se refiere los historiadores han concluido que durante la guerra, como toda dinámica bélica, lo más común fue que los vencedores tratasen de liquidar al adversario vencido, incluidos amplios sectores de la población civil que nunca fueron al frente.²⁹⁸ Los vencedores decidieron durante años y años la suerte de los vencidos a través de diferentes mecanismos y manifestaciones del terror:

En primer lugar, con la violencia física, arbitraria y vengativa, con asesinatos *in situ*, sin juicio previo. Después, con un terror institucionalizado y amparado en la legislación represiva del nuevo Estado. Ese Estado de terror, continuación del Estado de guerra, transformó la sociedad española, destruyó familias enteras e inundó la vida cotidiana de prácticas coercitivas y de castigo. Así se levantó el Estado franquista y así continuó hasta el final, aunque evolucionando, mostrando caras más amables, selectivas e integradoras. La represión, como han demostrado sólidos y variados estudios, no fue sólo un fenómeno de la posguerra o de los primeros años de la dictadura franquista.²⁹⁹

Fueron muchos los ragos extremos, propios de un derecho peneal del enemigo desarrollados durante el régimen franquista como sistema de control social, por no decir, que toda la dictadura en esencia, se rigió por un derecho que trataba no con ciudadanos sino con los enemigos de la Nación. En tanto, en nombre de lograr la convivencia mediante «sanciones justas», de atenuar el «rigor sancionador», se redactaron en España durante la época del franquismo penas durísimas y se incidió en la división absoluta que había operado la guerra.³⁰⁰ Es más, según describe SEVILLANO, se implementaron medidas tendentes a evitar la paternidad de inferiores biológicos y psíquicos, lo que impulsaría la regeneración

²⁹⁷ Ibid, p. 9.

²⁹⁸ CASANOVA, Julian. Op. Cit, p. 3.

²⁹⁹ Ibid, p. 28

³⁰⁰ RUBIO-MANZANARES, Ignacio. La representación del “enemigo” como fundamento de la justicia penal del “nuevo estado” (1939-1940). Rebeca Saavedra Arias y otros, (coords), *Culturas políticas, identidades y formas de representación*. Santander: Publican, 2011, p. 7. Disponible en: <[http://www.unican.es/NR/rdonlyres/0000e1c1/qsupspuwzppmxzknhmgvtmrtxcvdmqfo/IgnacioJaim eTebarLAREPRESENTACIONDELENEMIGOCOMOFUNDAMENTODELAJUSTICIAPENALDELNUEVOESTADO19391940.pdf](http://www.unican.es/NR/rdonlyres/0000e1c1/qsupspuwzppmxzknhmgvtmrtxcvdmqfo/IgnacioJaim%20eTebarLAREPRESENTACIONDELENEMIGOCOMOFUNDAMENTODELAJUSTICIAPENALDELNUEVOESTADO19391940.pdf)>.

de la raza mediante el mejoramiento físico y moral de cada individuo”.³⁰¹

La idea entonces, como en la Alemania nazi era desaparecer a los (*Untermenschen*): subhumanos, subnormales, razas inferiores. El asocial y el delincuente habitual eran los diferentes., los molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, entre otras cosas porque su asociabilidad se debía muchas veces a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que habían que eliminar a través de la esterilización, o simplemente con la eliminación física de sus portadores.³⁰²

Al respecto, MERCEDES DE GRADO³⁰³ manifiesta que algunas cárceles y campos de concentración tanto durante la guerra civil como en la inmediata posguerra, se convirtieron en auténticos laboratorios experimentales para poder poner en práctica lo que se denominó *Eugenesia de la Hispanidad*. Uno de los Objetivos fundamentales del régimen franquista fue la preservación de la “raza hispánica”, que, según su lógica fascista, había estado en peligro de extinción durante los tiempos de la República. Para ello, se procedió a la aniquilación moral, psicológica y, en muchos casos, física del enemigo.

El método de asesinato fue “una combinación de matanzas arbitrarias y de ejecutados por decisiones de tribunales militares nombrados sobre la marcha. El proceso, típico del día después de muchas guerras y revoluciones, fue completamente arbitrario y las víctimas no fueron necesariamente ni los militantes socialistas más destacados ni los acusados de perpetrar el terror rojo”.³⁰⁴ Esto puede resumirse en los siguiente:

La base de la purga fue tanto social como política; los dirigentes de la burguesía aprovecharon la oportunidad en sus comunidades locales, para deshacerse de los alborotadores y de los subversivos, e inevitablemente muchas venganzas personales se saldaron en ese

³⁰¹ SEVILLANO, Francisco. *Rojos. La representación del enemigo en la Guerra Civil*. Alianza Editorial: Madrid, 2007, p. 93.

³⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”. En *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Op. Cit, p. 488.

³⁰³ GRADO, Mercedes de. Op. Cit, p. 19-20.

³⁰⁴ CASANOVA, Julian. Op. Cit, p. 6.

proceso. Murieron también unos 12.000 prisioneros, de los aproximadamente 82.000 que habían encarcelado los vencedores, en prisiones y campos de concentración, la mayoría de ellos como consecuencia del hambre, desnutrición y de las enfermedades que normalmente las acompañan.³⁰⁵

La política de exterminio y represión calculada con la que Franco había planeado barrer el marxismo dio comienzo desde el principio de la guerra. Se aniquilaba al enemigo por el mero hecho de ser “rojo” (repúblicano), y dicha calificación se adjudicaba a cualquier persona que pudiera tener unas ideas mínimamente diferentes al ideario de los sublevados. Al paso de las tropas franquistas y su conquista de pueblos y ciudades, quedaba un reguero de cadáveres amontonados en fosas comunes. No obstante, la muerte no siempre era el castigo ejemplar:

Estos campos se convirtieron en el escenario perfecto para el estudio del enemigo. El franquismo necesitaba armarse de todo un entramado científico (aunque, en el fondo, de científico no tenía absolutamente nada, ya que todas las conclusiones se extraían en base a premisas ideológicas establecidas de antemano) para poder justificar toda la barbarie que estaban cometiendo. Para ello, Franco se rodeó de una cohorte de psiquiatras afines a sus ideas, que intentaron demostrar que el marxismo era un “mal” extranjero que se había inoculado en muchos españoles “mentalmente inferiores”, cuanto menos, o de naturaleza psicópata. Según esta lógica perversa, estos “rojos” tenían que ser eliminados o “reconvertidos” para poder salvar a España de ese cáncer comunista.³⁰⁶

No cabe demasiada sorpresa: la guerra se compone siempre de violencia, pues esa es, posiblemente, la manera mejor de desactivar las resistencias al poder impuesto por las armas, de achantar futuras disidencias y de amalgamar al «nosotros» frente «al ellos», el enemigo.³⁰⁷ Aquél, *el enemigo*, sólo podía ser definido como «núcleo de rebeldes», «facciones de reos del delito de *Rebelión Militar*» o, afinando más aún, «facciones de rebeldes ante la Patria».³⁰⁸ Para

³⁰⁵ Los republicanos de las zonas tomadas eran apresados, aunque nunca se les consideró ni concedió tratamiento de prisioneros de guerra, tal y como determinaban los tratados internacionales. El número de prisioneros llegó a ser tan elevado que se construyeron numerosos campos de concentración. Ibid, p. 6.

³⁰⁶ GRADO, Mercedes de. Op. Cit, p. 20-21.

³⁰⁷ RODRIGO, Javier. Op. Cit, p. 189.

³⁰⁸ CASANOVA, Julian. Op. Cit, p. 101.

salvar la comunidad nacional de la muerte primero hubo que alzarse militarmente y por supuesto, “eliminar a los más “peligrosos”, todo individuo o grupo «enemigo» debía pagar para poder reintegrarse, borrar sus «yerros pasados», y pasar a servir «todos sus esfuerzos y todos sus sacrificios» a una «España grande». (...), redimiendo al vencido, una especie de pecador, obligado a «no volver a extraviarse», aunque en la práctica, lejos de unir significara estigmatizar”.³⁰⁹

Es de anotar como hecho agravante, dadas las circunstancias, que la colaboración ciudadana con la justicia militar y ordinaria, animada y recompensada por las autoridades, consiguió extender de forma arbitraria la sombra del castigo sobre miles de hombres y mujeres inculpados a causa de falsas denuncias. Bajo ese clima de terror «legal» e institucionalizado, la violencia contra los vencidos no se limitó a los encarcelamientos o a las ejecuciones. La represión tuvo también otras caras: intimidación, extorsión, vigilancia permanente y cotidiana, hambre, subsistencia, moral católica, acosos sexuales, violaciones y misoginia. Era ésa una España vigilada, silenciada, en la que espiar y delatar al otro se convirtió para muchos en el primer acto político de compromiso con la dictadura.³¹⁰

Hay que recordar que desde que se aprobó la Constitución de 1931 los jefes militares sólo podían declarar el estado de guerra por decreto del Gobierno o si así lo disponía el Presidente, tan ilegales fueron las muertes producidas por la aplicación del Bando de Guerra, por ser bandos dictados por militares situados al margen de la ley desde que se sublevaron y destituidos por el Gobierno democrático, como las sentencias de muerte dictadas por los Consejos de Guerra. Toda esta justicia, ajena enteramente al mundo del Derecho y de las garantías procesales y tan ilegal entonces como ahora, estaba viciada de origen:

³⁰⁹RUBIO-MANZANARES, Ignacio Jaime. Op, Cit, p. 7.

³¹⁰Aunque siempre se considere una peculiaridad de la historia de España, la guerra civil española no fue, ni mucho menos, la única que tuvo lugar en aquella Europa que, desde 1914 a 1945, en las tres décadas más turbulentas de su historia, presenció el derrumbe de sus tres grandes imperios, la formación de varios estados nuevos, dos guerras mundiales, varias revoluciones frustradas y una triunfante y el ascenso y caída de los fascismos. Cfr. CASANOVA, Julian. Op. Cit, p. X

Nos hallamos simplemente ante gravísimos delitos a los que inmediatamente se intentó recubrir de una apariencia de legalidad. Sólo se trataba de guardar las formas. En cualquier caso, aquí se hablará de represión fascista, tratando con ello de situar los métodos de quienes se levantaron contra la República en el marco adecuado, en el de los fascismos europeos del período de entreguerras. Todos ellos compartían los mismos objetivos -la destrucción del sistema democrático, el aplastamiento del movimiento obrero y de los partidos políticos, y la implantación de un Estado omnipotente- y sin duda fue el fascismo español.³¹¹

En este caso, el punto que interesa destacar no es la verdad dentro del discurso jurídico, sino enseñar trazas de su lógica gubernamental. El legislador ya era consciente entonces de la gobernanza de aquellos sujetos “extraños a España” que no habían sido ejecutados, condenados a muerte o exiliados, los pertenecientes a la antiEspaña.³¹² Franco tuvo que legitimar un régimen ilegal y dictatorial, para lo cual reescribió y manipuló la época republicana.³¹³ Contexto en el que se creó la Ley de Vagos y Maleantes, en 1933.

Como su propio nombre lo indica, permitió la aplicación de medidas predelictuales a peligrosos sociales, esto es, “vagos, homosexuales, maleantes, prostitutas, etc., sin exigir la previa comisión de un delito.”³¹⁴ Se invocaba, para justificar sus medidas, los más profundos pensamientos de filósofos, así por ejemplo se citaba a San Agustín, pues como decía el santo: “la prostitución representa a la sociedad lo que la sentina al palacio. Es tan útil como son indispensables las cloacas, pero así como éstas se aíslan y canalizan para evitar la propagación de sus pestilentes miasmas, precisa una seria reglamentación de

³¹¹ Ibid. p. 58.

³¹² TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio J. Op. Cit, p. 7.

³¹³ Crf. GRADO, Mercedes de. “Representación de género franquista en las Trece Rosas de Emilio Martínez. ¿“Lugar de memoria” o banalización de la lucha política de las mujeres republicanas?” En *Revista Creatividad y Sociedad*, nº. 15, 2010, p, 5. [En línea]. Disponible en: <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/15/creatividadysociedad_Las%20Trece%20Rosas.pdf>.

³¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op. Cit, p. 44-45.

las prostitutas para evitar los males que propagan”.³¹⁵

En general, muchas fueron las víctimas de la política de exterminio y aniquilación del enemigo llevada a cabo por Franco desde el comienzo de la Guerra Civil, aunque en menor proporción que a los hombres, la pena de muerte también se aplicó a las mujeres. Según Mirta Núñez Díaz Balart y Antonio Rojas, de 1939 a 1944 en las tapias del cementerio madrileño del Este (justo detrás de la prisión 2.663 fueron ejecutadas). Las mayores de sesenta tampoco escaparon de morir fusiladas frente al paredón (...).³¹⁶

En cuanto a la ley de Vagos y Maleantes, sí bien fue creada durante la II República, antes de la llegada de Franco al poder, ésta es modificada y legitimada durante su dictadura para incluir sanción también para los homosexuales, en el año 1954, y fue perfeccionada en el año 1970 bajo la ley de peligrosidad y rehabilitación social, fiel prototipo del derecho penal del enemigo de la época, que intentaba aproximarse a la personalidad del “sospechoso” sin existir acto delictivo, para preveer y evitar futuros delitos.

Vale resaltar el contenido de su artículo 2, el cual estableció que podrían ser declarados en estado peligroso para ser sometidos: “los homosexuales, rufianes y proxenetas. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia, los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados, los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma.

³¹⁵MIR, Conxita. “La represión franquista en la cataluña rural de posguerra”. En: Una dictadura de cuarenta años”. En *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*. Crítica ed, Barcelona, 2002, p, 169.

³¹⁶GRADO, Mercedes de. Op. Cit, p. 23-25.

Los ebrios y toxicómanos habituales. (...) Los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad (...), Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional. (...). Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos que sea presumible la habitualidad criminal. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente”.

En suma, se trato pues, de un sistema de peligrosidad predelictual que se fundó en la observancia de otras formas de conductas, no delictivas pero manifiestamente antisociales.³¹⁷ Motor de la teoría del estado peligroso ante la probabilidad de un delito futuro. Desde esta la lógica, la noción de peligro es un "juicio sobre elementos inciertos" ante la posibilidad de un evento temido y, cuando esa probabilidad emana del especial carácter de una persona, nos encontramos en presencia de un caso de peligrosidad que, desde este punto de vista, de puede definirse como "la molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato" o "la probabilità di divenire autore di reato". La peligrosidad criminal, es vista como un modo de ser, un atributo, una condición física.³¹⁸

Por lo tanto, la presunción de peligrosidad sobre los vencidos podría considerarse un «mecanismo de seguridad», a la vez que justificó la continuidad del control exhaustivo. En suma, fueron diversas las leyes que en su redacción y articulado fueron vistas como fórmula de derecho penal del enemigo, como

³¹⁷ CALVO BLANCO, Julia. “El juicio de peligrosidad”. En: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. García López, Agustín (Dir). UNAM, Año V, Nº 13, enero-abril, 1952, p, 44 Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/13/pr/pr0.pdf>>. [Consultado, enero 17 de 2013].

³¹⁸ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929. p.14.

mecanismos de “previsión de resistencias a la gobernabilidad, no sólo en el presente, sino también en el futuro”.³¹⁹

La Ley de Responsabilidades Políticas de nueve de febrero de 1939, la de Represión de Masonería y el Comunismo de primero de marzo de 1940, la de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 y la que cerró ese círculo de represión legal, la de Orden Público de 30 de junio de 1959, fueron concebidas para seguir asesinando, para mantener en las cárceles a miles de presos, para torturarlos y humillarlos hasta la muerte. Envalentonados por el triunfo, los vencedores colmaron su sed de venganza hasta la última gota y llevaron su peculiar tarea purificadora hasta el último rincón de la geografía española.³²⁰

Sobre el particular, la Ley de 9 de febrero de 1939, *de Responsabilidades Políticas*, surgió tras la derrota de la República, con un cúmulo de leyes represivas y vindicativas, con el objetivo de dar cobertura “de derecho” a aquello que se vino haciendo “de hecho”.³²¹ La ley sancionó los posibles vigilantes del nuevo “panóptico” gubernamental. Los expedientes de responsabilidades políticas se podían iniciar por jurisdicción militar, por «iniciativa del Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas» o a propuesta de las «Autoridades Militares o Civiles, Agentes de Policía y Comandantes de Puesto de la Guardia Civil» las autoridades locales, pero también «por denuncia escrita y firmada de cualquier persona natural o jurídica», con lo que la vigilancia y la desconfianza se amplió a todo aquel dispuesto a denunciar a un supuesto enemigo por motivos de toda índole.³²²

La noción de vigilar y castigar, junto el disciplinamiento de la mente, al mejor estilo Foucaultniano, es prístina figura del trato del ser humano como nuda vida, en un despliegue de seguridad, que por excelencia, intentaba marcar obediencia civil a los subditos. El “peligro” según una extendida definición, –la producción de un estado en el que es cercana la posibilidad o probabilidad de la

³¹⁹TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio J. Op. Cit, p. 9-10.

³²⁰CASANOVA, Julián. Op. Cit, p. 8.

³²¹RUBIO-MANZANARES, Ignacio J. Op. Cit, p. 10

³²² Ibid, 10.

producción de un daño (de una lesión del bien jurídico)—³²³ operó no sólo como fundamento del establecimiento de la conducta predelictual, sino la delictual y postdelictual, rasgos todos ellos, de un modelo que alienta la idea obsoleta de entender la prisión como adiestramiento del cuerpo y la mente, pues la cárcel en vez de rehabilitar deforma al delincuente.³²⁴

A la postre, como explica ESPINOSA MAESTRE³²⁵, cayeron no sólo los principios humanitarios sino la división de poderes, la independencia de la judicatura, la igualdad ante la Ley, el concepto de persona jurídica, las garantías procesales, la generalidad del derecho y la prohibición de la retroactividad. Hasta el derecho de asilo fue destruido con la complicidad de Salazar, Pétain y Hitler. De esta forma los abusos penales se constituyeron en norma y la Justicia se convirtió en motor de la contrarrevolución.

En definitiva, “el derecho se había convertido en arma política, en simple instrumento de terror, y la pena de muerte en preventivo general. Por tanto, bajo una forma disciplinaria, el control, el extrañamiento, el exilio forzoso, la inhabilitación, depuración y su penalización económica –que en muchos casos fue directamente saqueo– sirvieron como forma de gobernanza de aquellos individuos que presumiblemente no seguirían de buen grado las conductas requeridas por el nuevo régimen”.³²⁶

En fin, en todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán

³²³JAKOBS Günther, STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Homenaje a Hans Weixel a los 20 años de su fallecimiento. Prólogo de Sancinetti, Marcelo A. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 90.

³²⁴PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. *Derribando muros*. Op. Cit, p. 22.

³²⁵ESPINOSA MAESTRE, Francisco. “Julio de 1936. Golpe militar y plan de exterminio”. En: *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*. Barcelona: Crítica, 2002, p. 102.

³²⁶TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio J. Op. Cit, p. 9.

delinquiendo. Esto no se podrá evitar jamás.³²⁷ Excusa primaria para el mantenimiento de un Derecho penal eminentemente represivo, como base contra los “enemigos fundamentales del orden social”.³²⁸

Este *leitmotiv* sigue haciendo eco, porque aún la peligrosidad es vista, en aquellos “seres humanos señalados como *enemigos* de la sociedad, y por ende, se les niega el derecho a que sus acciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente– el derecho internacional de los derechos humanos”.³²⁹ Nótese que en el nacionalsocialismo, no cabían ni garantías, ni ninguna otra forma de limitación de los Excesos del poder estatal.³³⁰

Muy posiblemente el entramado conflictivo derivó de la falta de coherencia y sana convivencia entre las posturas ideológicas en tensión. De hecho, la transición española se ha considerado como un proceso paradigmático y ejemplar de cambio político de un régimen dictatorial a otro democrático. Sin embargo, la Transición se estructuró sobre un “Pacto de silencio”, que instauró una política de memoria³³¹ que enterró la voz y los testimonios de los vencidos en la Guerra Civil.³³² Estas circunstancias debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos.³³³

³²⁷ DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Serie ensayos jurídicos, nº. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002 p, 89.

³²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op. Cit, p, 48.

³²⁹ ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit. p. 11.

³³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit, 61.

³³¹ STUCKI, Andreas. et, al. “Recuerdo y olvido en la España contemporánea. Nuevos planteamientos historiográficos y de crítica literaria: textos y contextos”. *Pensamiento y cultura*, Vol. 8, nº. 1 (Ed. No. 8), 2005, p. 139. [En línea] 2005. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70180109>>.

³³² La España postfranquista se sustentó en una política de silencio y olvido del pasado e inauguró un proceso de amnesia histórica para enterrar los fantasmas de la contienda. Crf. GRADO, Mercedes de. Op. Cit, , p. 4.

³³³ ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. cit, p. 13.

Si bien, la Transición trajo democracia, paz y estabilidad, pero el precio que hubo de pagarse fue demasiado caro: se construyó un futuro sin ancladura en el pasado, al no haberse dado un proceso de revisión y reescritura de la historia reciente. En un país democrático, aunque se imponga una memoria oficial y hegemónica, queda aún lugar para memorias alternativas. Éste no fue el caso de la Transición española, ya que la memoria impuesta fue la heredada de la dictadura franquista y las memorias de los republicanos fueron sepultadas.³³⁴

Recientemente, algunos esfuerzos han sido visibles, ese fue el caso del ex Juez BALTASAR GARZÓN, que intento desempolvar los crímenes acaecidos durante el Franquismo, pero eso le costó la acusación de delito de prevaricación por abrir una causa para investigar la desaparición forzada de 114.266 personas entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951. A Garzón se le acusó, entre otras cuestiones, de no aplicar a sabiendas, la Ley de Amnistía de 1977 en la instrucción del caso.

Al respecto, organizaciones internacionales como Amnistía Internacional,³³⁵ consideraron irrelevante que la investigación del juez infringiera o no la legislación nacional española, ya que es justamente la Ley de Amnistía de 1977 la que impide iniciar procesamientos por delitos de derecho internacional, la que supone un incumplimiento de las obligaciones contraídas por España en virtud del derecho internacional.

Para la organización, jamás puede considerarse como delito la investigación de violaciones de derechos humanos, aún si para ello es necesario dejar de lado una ley de amnistía u otras normas relativas a la prescripción de los delitos. □ □ Además, es profundamente preocupante la dilación que ha sufrido la investigación de los crímenes de desaparición forzada durante la guerra civil y el

³³⁴GRADO, Mercedes de. Op. Cit, p. 3.

³³⁵Amnistía Internacional. "Caso Garzón: nadie debe ser juzgado por investigar violaciones de derechos humanos". [En línea] <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/caso-garzon-nadie-debe-ser-juzgado-por-investigar-violaciones-de-derechos-humanos-1/> España, [publicado el 20.01.12].

franquismo. Una de las investigaciones de Amnistía Internacional apunta a evidenciar, que al menos cuatro procesos de investigación de dichos crímenes se han visto postergados. Asimismo registra que, los criterios utilizados para fundamentar los cargos contra el juez han sido esgrimidos por juzgados territoriales que investigaban los crímenes cometidos durante el franquismo para archivar masivamente los procedimientos. Lo cual está afectando de manera grave los derechos de las víctimas y sus familias.³³⁶ □ Vale recordar las palabras del Ex juez Garzón, para establecer la existencia del plan de desaparición y exterminio de (todos los que se opusieran: comunistas, marxistas, etcétera):

No sólo era una guerra civil, sino también un programa de exterminio, acompañado del ocultamiento sistemático de los cuerpos de forma que los familiares no pudieran ubicar el lugar de inhumación. El magistrado recuerda que nunca se han investigado penalmente estos crímenes atroces en España y que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad.³³⁷

Los procesos de transición democrática,³³⁸ están asociados, entre otras cosas, a múltiples casos de violaciones de derechos humanos³³⁹ por trasgresiones a bienes jurídicos supranacionales³⁴⁰, circunstancias que han obligado no sólo en el contexto americano sino europeo, a la creación de Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos para sancionar al Estado infractor, situación que se concretó y se ha ejercitado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial,³⁴¹ dado el esfuerzo común de la humanidad para entrar en una etapa de

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ YOLDÍ, José. La Recuperación de la memoria histórica. Garzón atribuye a Franco un plan de exterminio sistemático de los rojo. [En línea]. http://elpais.com/diario/2008/10/17/espana/1224194401_850215.html. *En el País*. Viernes, 17 de octubre de 2008. [Consultado noviembre 11 de 2012]

³³⁸ ARTHUR, P. "Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional". En *justicia transicional. Manual para América Latina*. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil. Reátegui Félix, Editor. Brasilia, 2011, p. 75.

³³⁹ Ibid. p. 73-74.

³⁴⁰ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid: La ley/Temas. Universidad de Nebrija, 2008, p. 143.

³⁴¹ ARTHUR, Paige. Op cit, p, 81.

humanización, con el propósito más amplio de preservar y fortalecer los derechos del individuo.³⁴²

Al mismo tiempo éste contexto desencadenó un giro trascendental en la lucha contra la impunidad por la persecución de crímenes internacionales³⁴³, con la constitución de diferentes tribunales, vale decir entre ellos, el Tribunal Penal Militar de Nüremberg³⁴⁴ y por la creación a *posteriori* de los Tribunales Penales Internacionales especializados. Hito que también ha posibilitado la creación del único Tribunal Penal Internacional permanente, La Corte Penal Internacional (CPI), que desarrolla en su tratado constitutivo, esto es, el Estatuto de Roma de 1998, lo que la doctrina ha denominado *crímenes internacionales nucleares*.³⁴⁵

Base jurídica que soporta la idea que “bajo el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de crímenes de derecho internacional (como la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual), crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de

³⁴²FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). 3ra ed, 2004. p, 1.

³⁴³RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José. “Hitos y experiencias de la Justicia Penal Internacional”. Abogacía general del Estado. Dirección del servicio jurídico. XXI Jornadas de Estudio. Madrid: Civitas, 2000, p, 287.

³⁴⁴Por lo que se refiere al ámbito material de la responsabilidad individual, el Tribunal de Nüremberg se declaró competente para juzgar los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad (Art 6.). Tanto en el propio juicio, como con posterioridad en el ámbito doctrinal, se planteó un intenso debate acerca de la adecuación de las categorías de crímenes contra la paz y contra la humanidad al principio de legalidad en el ámbito penal (*nulum crime sine lege, nulla poena sine lege*). Esta polémica no se extendió, sin embargo, a los crímenes de guerra que podían fundamentarse en los usos de la guerra tal como habían sido codificados por los instrumentos relativos al derecho de los conflictos armados. Vid. LIROLA DELGADO, I. MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*. Madrid: Ariel, 2001, p. 18-19.

³⁴⁵AMBOS, K. “El marco jurídico de la justicia de transición”. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds). En *Justicia de Transición*. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p, 24.

guerra",³⁴⁶ todos ellos competencia de la Corte Penal Internacional.³⁴⁷

Obligación que es consecuencia directa y lógica del carácter de *jus cogens*³⁴⁸ de la prohibición de cometer tales crímenes,³⁴⁹ regla que los convierte no sólo en imprescriptibles sino también en crímenes inindultables e inamnistiables.³⁵⁰ Idea que debería ser tenida en cuenta en el caso Español, que al parecer prefiere vivir en un silencio y olvido, que luchar por el restablecimiento de la memoria histórica, en la correcta aplicación del derecho a la justicia y a la verdad.

Ciertamente, para finalizar, es un máxima de obligatorio cumplimiento que, más allá de los hechos que dieron como consecuencia la destitución del Juez Garzón, serán siempre nulas de manera absoluta, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las disposiciones de amnistía, de prescripción, los indultos y el establecimiento de cualquier tipo de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de este tipo de crímenes.³⁵¹

Consideraciones relevantes sobre todo porque actos que, bajo distintos tratados y convenciones internacionales, considerados como genocidio, o como violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, ya eran prohibidos aún antes de la entrada en vigor de dichos tratados o convenciones, por el derecho internacional general. Se puede aquí invocar, en el marco de este último, *verbi*

³⁴⁶ ANDREU GUZMÁN, Federico. *Retroactividad penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1era ed, 2012, p, 7.

³⁴⁷ PASTOR, D. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional". M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. 2, 2006. p. 488.

³⁴⁸ Voto Razonado del Juez Antonio Cançado Trindade en la Sentencia de la CIDH en el Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala de 29 de abril de 2004, párr. 13.

³⁴⁹ ANDREU GUZMÁN, F. Op. Cit, p. 7-8.

³⁵⁰ SÁNCHEZ, Joan. "Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica". Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010, p, 22.

³⁵¹ *Ibid*, p. 23.

gratia, el reconocimiento universal del principio de humanidad.³⁵² Supraprincipio generado por el sentimiento de humanidad (*humaneness*) –propio de un nuevo *jus gentium*, del siglo XXI– que traspasa todo el *corpus juris* del derecho internacional contemporáneo.³⁵³

Además, juega un papel protagónico la situación, de que “tras los grandes cambios experimentados en Europa, [terminada la Segunda Guerra Mundial] con las revoluciones de 1989, la caída el muro del Berlín y la implosión del imperio rusosoviético, la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se volviera ahora una exigencia política para la admisión de un Estado como miembro del Consejo³⁵⁴ de Europa.³⁵⁵

Es por ello, que a partir del 2000 el TEDH también se ha referido en un actuar armónico, en lo que ha crímenes internacionales se refiere, al sistema de responsabilidad penal que se ha venido desarrollando con posterioridad a Nüremberg por crímenes bajo el derecho internacional. Casos que han sido estudiado en la estricta consideración de crímenes guerra, crimen de lesa humanidad y genocidio. Así, se ha analizado cuestiones relativas a personas que cometieron crímenes precisamente durante la II Guerra Mundial,³⁵⁶ a saber, el caso *Papon v. Francia (1998)*, por la colaboración del régimen francés con el III Reich, *Kolk y Kislyiy c. Estonia (2006)*, en el marcado conflicto por la ocupación soviética, los casos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y *K.-H.W. c. Alemania*, por las llamadas “ejecuciones del muro de Berlín”, y el asunto *Korbely c. Hungría (2008)*.

³⁵²Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva N°. 16/99, sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Voto Concurrente., 1999, párr. 35.

³⁵³Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, Voto razonado del Juez Cañado Trindade. párr. 6.párr. 14.

³⁵⁴SALCEDO CARRILLO, Juan. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales”. En *derecho internacional y derechos humanos*. Bardonnnet D y Cañado Trindade Á, (eds.), San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1era ed, 1996, p, 100.

³⁵⁵Solo pueden ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos aquellos Estados que pertenezcan al Consejo de Europa.

³⁵⁶ANDREU GUZMÁN, Federico. Op, cit, pp. 30-31.

Estos precedentes parecen desconocerse en el caso español, pues seguramente la memoria franquista aún pervive impidiendo que se conozca en estricto sentido la verdad de los hechos, y más aún, los crímenes cometidos. Que como se apuntó, fueron la consecuencia directa de la aplicación de un derecho penal del enemigo, opresor, exterminador, al punto que el Derecho penal de la época, podría ser comparado como una maltransformación que luchaba contra la Otredad, lejos de ser el sentir jurídico propio de una democracia fundada en el respeto por la dignidad humana, dejando como secuela, la amnesia para la memoria de una Nación.

Frente a este “Derecho penal” cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como sugiere ZAFFARONI,³⁵⁷ una involución lamentable. Porque se trataría en todo caso de un Derecho penal que no respeta la dignidad humana. La conclusión que se alcanza es que el vínculo de unión entre el ser y el deber ser del Derecho penal ha de ser los derechos humanos. Cualquier pretensión de modulación del estado de derecho basada en exigencias de seguridad, o en un estado de necesidad de cualquier tipo, que pase por alto este punto, es según esta perspectiva inaceptable.³⁵⁸

Indudablemente, a pesar de los múltiples instrumentos internacionales sobre derechos humanos para poner límite al ejercicio arbitrario de los mismos por parte de los Estado, la inmensa normativa en el ámbito penal de la época, padece lo que podríamos llamar, el drama del Derecho penal “convexo” que tiene dos marcadas características convergentes, “sospecha de los seres humanos “ y “ausencia de intimidad” para con los iguales existirá la ley, para con el diferente nada. Así como cada época tiene su espejo, casualmente lo mismo sucede con el poder punitivo. ¡Dime que cárcel tienes y te diré que sociedad pretendes!³⁵⁹

³⁵⁷ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 5.

³⁵⁸DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad". En Manuel Cancio Melia y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer/BdeF, vol. I, 2006, p. 476.

³⁵⁹PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. Op. Cit, p, 23.

Como si fuera un designio ancestral el hombre postmoderno ha ido en busca de un derecho penal convexo todopoderoso que lo aparte de todo mal.³⁶⁰

Ahora bien, este tratamiento no ha podido escapar a la renombrada lógica de actuación de los sistema penales actuales basados en la democracia como valor sustentador de cualquier garantía ciudadana en el modelo de Estado de derecho. Aunque el caso Español demostró la antinomia entre el Derecho penal liberal *versus* el derecho penal del enemigo, subsiguientemente se hará un estudio detallado del contexto colombiano para evidenciar cómo hasta la década actual estos rasgos que contaminan la forma viva de un Derecho penal humanista siguen avanzando en las más finas y avanzadas sociedades que promulgan el respeto a los derechos humanos.

El gran reto será que este contrasentido no apunte a transformar las garantías suscitadas en el derecho internacional de los derechos humanos, y menos, al incipiente Derecho penal internacional, que desde la lógica argumentativa que se desarrollará, *a posteriori*, también ha sido creado bajo la base de un derecho penal del enemigo, de manera que, se intentará fundamentar desde la tesis aquí expuesta, porqué se puede hablar de un derecho penal internacional del enemigo.

³⁶⁰Ibid, p, 24.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS DEL ENEMIGO NO-PERSONA

Décadas tras décadas, incluso desde el derecho romano, puede identificarse a aquellos sujetos desprovisto de valor, bien por tratarse de personas bajo la estigmatizante etiqueta del delincuente, entendida en su versión clásica como persona desprovista de derechos, (*homo sacer*);³⁶¹ o bien, por tratarse de tachas que desde antaño, vienen soportando el peso de los excluidos del sistema cuya vida siempre estará al merced del soberano.

Este soberano en la década actual puede ser visto con múltiples nombres y facetas, potencias mundiales, grupos de poder que marcan la diferencia radical entre los de arriba y los de abajo, siendo estos últimos los marginados, los habitantes de la periferia, los que habitan a la fuerza el *submundo*; gueto que los mantiene al margen de los que ostentan el poder. “Al final importa poco si estos lugares están arruinados o sí son peligrosos, si su población está o no compuesta esencialmente de pobres, de minorías o de extranjeros: la creencia prejuiciada de que así es, basta para desencadenar consecuencias socialmente dañinas”.³⁶²

Se trata de un discurso represivo que repudia a un colectivo para castigar la violencia emanada de “la plebe” y no dejar ninguna duda, a quién debe identificarse como los excluidos del sistema. Según el punto geográfico recibirán una denominación específica, pero el recelo será siempre el mismo: indigentes, desechables, homosexuales, degenerados, maleantes, etc; hasta llegar al inmigrante con sus múltiples facetas (delincuente, mendigo, vagabundo, sudaca,

³⁶¹Cfr. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Gimeno Cuspinera, Antonio, (Trad.). Valencia: Pre-textos, 2010, p. 18.

³⁶²Es el caso de Les Minguettes y de La Courneuve o del conjunto habitacional del Mirail, en Toulouse, en cuanto a Francia; South Central en Los Ángeles, el Bronx y el gran conjunto de Cabrini Green en Chicago, en cuanto a Estados Unidos; Duisburg-Marxloh y Berlin-Neukölln en Alemania; los distritos de Toxteth en Liverpool, Saint Paul en Bristol y Meadow Well en Newcastle, en Inglaterra, y los de Bijlmer y Westelijke Tuinsteden en Ámsterdam, en cuanto a los Países Bajos. Aun las sociedades que mejor resistieron el auge de la marginalidad avanzada, como los países escandinavos, se ven tocadas por este fenómeno de estigmatización territorial ligado a la aparición de zonas reservadas a los parias urbanos. Cfr. WACQUANT, Loïc. “La estigmatización territorial en la edad de la marginalidad avanzada”. *Ciências Sociais Unisinos*, 2007, p. 194.

“ilegal”, etc). Todos ellos tienen en común la forma como la sociedad los excluye, en la moderna forma de castigar a los pobres. Manifestación retrograda del actuar penal respecto a la forma de perseguir y castigar la criminalidad –aspecto aquí relacionado con la etiqueta del inmigrante peligroso–, que no puede pasar desapercibido en el estudio de la doctrina del derecho penal del enemigo para observar la evolución del moderno Derecho penal.

Los fenómenos migratorios, muy particularmente, se extienden, al tiempo que se aumentan las políticas de cierres fronterizos, contrasentido que desvirtúa la naturaleza y el sentido social de migrar. Por algo se dice con razón que los humanos no tenemos raíces sino pies: “no estamos sujetos a la tierra como los árboles, sino que podemos viajar de un lado para otro y asentarnos en el lugar que nos parezca más habitable. Nuestra propia constitución anatómica pone de manifiesto que estamos hechos para andar y correr erguidos a través de largas distancias: el homo sapiens es un homo viator”.³⁶³

Ante la falta de oportunidades laborales los inmigrantes se ven obligados a “ejercer el narcomenudeo, actividad que les permite sobrevivir. Lo grave es que el grado de represión es tal, que ahora se les denomina también narcoterroristas.³⁶⁴ En el caso particular del inmigrante “ilegal”, “el sin papales”, automáticamente pierde sus derechos humanos, pues las normativas están exactamente diseñadas para que aquellos no gocen de derechos, pues se infunde terror colectivo bajo la excusa de la “ilegalidad” y así sus derechos no son reconocidos.

Desconociéndose como plantea la socióloga SASSEN³⁶⁵ la cuestión de la inmigración como representación también de lo mundial o lo transnacional, así

³⁶³CAMPILLO MESEGUER, Antonio. “Ciudadanía y extranjería en la sociedad global”. Andrés Pedreño Cánovas y Manuel Hernández Pedreño (Coords.). En *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Universidad de Murcia, 1ª edición, 2005, p. 107.

³⁶⁴MIKE, Davis. *Ciudad al cuarzo*. Arqueología del futuro en los Ángeles. Rafael Reig (Trad). *Estudios demográficos y urbanos*. Madrid: Ediciones lengua de Trapo, 2003, p. 502.

³⁶⁵Cfr. SASSEN, Saskia. “La ciudad global: emplazamiento estratégico, nueva frontera”. [En línea]. <http://www.macba.cat/PDFs/saskia_sassen_manolo_laguillo_cas.pdf>. p. 39. [Consultado, agosto de 2013].

como la multiplicidad de los ámbitos laborales a la que contribuye en las grandes ciudades, con frecuencia incluida en el concepto de economía étnica y en el sector no estructurado de la economía. Como si fuese un fenómeno *contranatura*, la inmigración es particularmente interesante para ilustrar las políticas gubernamentales de “antidelincuencia”, pues la xenofobia permite descargar la ansiedad social en un objetivo fácil y de bajo costo:

Ya lo han experimentado intensamente desde hace tres décadas los países de Europa, con los planteamientos ultranacionalistas del Frente Nacional de Jean-Marie Le Pen, en Francia, o de dirigentes de ultraderecha como el asesinado Pim Fortuyn, en los Países Bajos, Jörg Haider, en Austria, Pia Kjaersgaard, en Dinamarca, Umberto Bossi, en Italia o muy recientemente Nikolaos Maichaloliakos, en Grecia, quienes, entre otros, han desempeñado exitosas campañas de ley y orden vinculando el fenómeno de la delincuencia con el de la inmigración.³⁶⁶

Por ello los y las inmigrantes³⁶⁷ terminan viviendo bajo el *status* de la no-persona. Pues la ley dedicada a ellos es “aparentemente contradictoria, se les suprimen garantías, se les expulsa, al tiempo que se instauran mecanismos de protección penal”.³⁶⁸ Como premio a la etiqueta son los más fieles sospechosos de peligros previsibles, son objeto de miedo; y ante el miedo la respuesta es la represión, el desarraigo, la expulsión o la sanción, vista en su axioma de máxima intervención, cuya cara es el reflejo del moderno sistema penal.

Se acude por tanto a la legitimación de medidas securitarias y de control social para los estereotipos del enemigo latente en las fronteras. Por ello se responde con propuestas predictuales y con la maximización de la intervención penal.³⁶⁹ *Leitmotiv* que está instrumentalizando a los “otros”, todos aquellos

³⁶⁶HORVITZ L. María Inés. “Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros”. *Revista de Estudios de la Justicia* (REJ), N° 16, 2012, p. 103.

³⁶⁷Vid. LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Razones de la exclusión. ¿Qué derechos para los extranjeros?”. *Jueces para la democracia*, n° 18, 1993, pp. 35-43.

³⁶⁸PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista. Op. Cit, p. 111.

³⁶⁹Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en derecho penal*: Op, Cit, p. 11.

enemigos y marginados del sistema, porque el miedo se convirtió en un gran disciplinador interiorizado.³⁷⁰

2.1. La excluyente vida del inmigrante



ILUSTRACIÓN 3. Víctimas del naufragio de Lampedusa.³⁷¹

¡Un hombre al mar! ¡Qué importa! El navío no se detiene por esto. El viento sopla; la sombría nave tiene un camino trazado, que debe recorrer necesariamente. Y pasa. El hombre desaparece, luego reaparece, se sumerge y sale de nuevo a la superficie, llama, extiende los brazos, no le oyen; el navío, estremeciéndose bajo el huracán, continúa sus maniobras, los marineros y los pasajeros no ven al hombre sumergido; su miserable cabeza no es más que un punto en la enormidad de las olas. Lanza gritos desesperados en las profundidades. Esa vela que se aleja parece un espectro.

³⁷⁰MONDERO, Juan C. *Disfraces del leviatán. El papel del Estado en la globalización neoliberal*. Caracas: Centro Internacional Miranda, 2008, p. 66.

³⁷¹La muerte de trescientas personas somalíes y eritreas en su intento por llegar a Lampedusa tiene responsable: una Europa insolidaria que dedica millones de euros para reforzar sus fronteras y a la que no le importan las víctimas colaterales que su lucha contra la inmigración produzca. El precio que se ha pagado es el de más 20.000 personas que han perdido su vida en el Mediterráneo desde mediados de los años noventa hasta hoy. Cfr. GARCÍA, Natalia y LARA, Rafael. “Con Lampedusa de fondo, Marruecos reprime la solidaridad”. [En línea]: <http://www.eldiario.es/andalucia/APDHA/Lampedusa-fondo-Marruecos-reprime-solidaridad_6_183441666.html>. [Fecha de consulta 11 de octubre de 2013].

(...) Estas olas, rotas y rasgadas por el viento, lo rodean espantosamente; los vaivenes del abismo lo arrastran; los harapos del agua se agitan alrededor de su cabeza; un pueblo de olas escupe sobre él; confusas cavernas amenazan devorarlo; cada vez que se sumerge descubre precipicios llenos de oscuridad; una vegetación desconocida lo sujeta, le enreda los pies, lo atrae: siente que forma ya parte de la espuma, que las olas se lo echan de una a otra; bebe toda su amargura; el océano se encarniza con él para ahogarlo; la inmensidad juega con su agonía. Parece que el agua se ha convertido en odio. Pero lucha todavía. Trata de defenderse, de sostenerse, hace esfuerzos, nada. ¡Pobre fuerza agotada ya, que combate con lo inagotable! (...).

(...). ¡Oh, destino implacable de las sociedades humanas! ¡Pérdidas de hombres y de almas en vuestro camino! ¡Océano en el que cae todo lo que la ley deja caer! ¡Desaparición siniestra del socorro! ¡Oh, muerte moral! El mar es la inexorable noche social donde la penalidad arroja a sus condenados. El mar es la miseria inmensa. El alma, naufragando en este abismo, puede convertirse en un cadáver. ¿Quién lo resucitará? Víctor Hugo, *Los Miserables*.

Solo los muertos pueden quedarse. Así inicia la crónica narrada por PABLO ORDAZ para describir la tragedia ocurrida en el naufragio de LAMPEDUSA (Italia), por el incendio de un barco que trasladaba inmigrantes eritreos y somalíes el pasado 3 de octubre de 2013. Por los menos trescientas personas murieron en territorio europeo intentando tocarlo como si de tierra santa se tratase.

Lo paradójico es, como muy bien describe ORDAZ,³⁷² que hecho seguido a la tragedia, solemnemente el Primer Ministro de Italia, ENRICO LETTA, anunciaba que todos los fallecidos en el naufragio de Lampedusa recibirían la nacionalidad italiana. Justo a la misma hora, la fiscalía de Agrigento (Sicilia) acusaba a los 114 adultos rescatados de un delito de inmigración clandestina, que puede ser castigado con una multa de hasta 5.000 euros y la expulsión del país. Los muertos, sin embargo, podrían quedarse. Ante la imposibilidad de ser identificados, se les adjuntó un ataúd, un número y un trozo de tierra en cementerios de Sicilia para que descansen, ahora sí, con la nacionalidad europea que se jugaron la vida por conseguir.

³⁷² ORDAZ, Pablo. "Solo los muertos pueden quedarse". *Diario el país*. [En línea]. <http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/05/actualidad/1380999528_613934.html>. [Consultado el 6 de octubre de 2013].

Este ejemplo es tan solo un hecho notorio por las pérdidas en vida, de los tantos que a diario ocurren –sin contar los que muchas veces quedan en el anonimato– reflejando la odisea de cientos de inmigrantes que continuamente arriesgan su vida, al verse inversos más que en la pobreza, en la miseria. Condenados de la tierra, que como expresa NAÏR,³⁷³ huyen del hambre y de las guerras civiles, y que estafados por los contrabandistas clandestinos y de las magias del éxodo, no encuentran al término de su recorrido, (cuando no la muerte), y más que la cárcel, los campos de internamiento, las expulsiones brutales, y cuando logran pasar entre las estrechas mallas de las redes de acero construidas por los países de *acogida*, desembocan en la miseria de la clandestinidad y de la vida sin derechos.

Todo ello unido a la proliferación de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de inmigrantes “ilegales” que cooperan a reforzar la emigración de las personas provenientes de los países económicamente menos favorecidos³⁷⁴. En los países desarrollados, la inmigración es un tema de preocupación social, aunque cuando se habla de inmigración parece como si solo fuesen inmigrantes los procedentes del continente africano y suramericano. Es más, ser inmigrantes, en el ámbito de sociedades de acogida, se reduce, normalmente, a ser «moro» o «negro».³⁷⁵

Si se habla de Europa,³⁷⁶ en general, parece manejar una política de antiinmigración, la prioridad siempre será que los no comunitarios o ciudadanos de

³⁷³ NAÏR, Sami. “Morir en Lampedusa”. *El país*, sábado 5 de octubre de 2013, p. 4.

³⁷⁴ SERRANO-PIEDCASAS, José. “Los delitos contra los derechos de los ciudadano extranjeros”. Lorenzo Copello, P. (Coord.). En: *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002, p. 314.

³⁷⁵ VARGAS LLOVERA, María Dolores. “La inmigración africana de venta ambulante: el caso de Alicante”. Francisco Checa, (ed.), En *Africanos en la otra orilla. Trabajo, cultura e integración en la España Mediterránea*. Barcelona: Icaria, 1998, p. 61.

³⁷⁶ “(...) the collapse of communism unleashed a wave of ethnic nationalisms in Eastern Europe that dramatically affected the decromcratization process. Optimistic assumptions that liberal democracy would emerge smoothly from the ashes of Communism were derailed by issues of ethnicity and nationalism. But there were many factor within long established democracies which also pointed to the salience of ethnicity: the nativist backlash against immigrants and a refugees in many Western countries”. Cfr. KYMLICKA, Will. *Politics in the Vernacular: Nationalism, multiculturalism and citizenship*. Oxford University Press, 2001, pp. 18-19.

segunda, no lleguen. O, en caso tal, lleguen a territorio europeo pero no para quedarse. Idea que es reproducida, popularizada y legitimada por las diferentes esferas del poder, las cuales se ven expresadas en las normativas que cada día de manera desigual amparan menos a los inmigrante como personas no gratas a la comunidad. En consecuencia, la distinción entre ciudadanos y extranjeros aparece como una dicotomía básica.³⁷⁷

Para corroborar tal afirmación, solo hay que mirar las famosas ayudas a la cooperación y al desarrollo implementadas en becas de estudio. Que como clausula contractual, obligan a los beneficiarios de países “tercermundistas” a firmar para retornar a sus países de orígenes, y en caso de no hacerlo, la consecuencia de dicho incumplimiento obligaría a devolver íntegramente la supuesta “ayuda” recibida.

De manera legal a través de visados y no solo en Europa, se exigen exorbitantes trámites; diligencias que deben dejar probado la “alta alcurnia” o la condición de “ciudadano de primera clase” de quien solicita permiso de residencia o de transito; de lo contrario, de existir inestabilidad económica, no se podría ser bienvenido, pues dicha inestabilidad es sinónimo de carga para el sistema. Ciertamente, “el doble resero con que los países desarrollados operan a la hora de abrir o cerrar sus fronteras en función de la capacidad económica del solicitante de residencia, patentiza que la lógica dirigida a la creación de riqueza aplica los criterios de universalidad selectivamente”.³⁷⁸

De esta forma, desde la legalidad se debe desvirtuar el “status de pobre” –en considerables casos sinónimo de delincuente o peligro social–, y la presunción de ingreso con intento de permanencia en territorio comunitario. Lo que sucede es, entonces, “que no queremos inmigración, sino trabajadores que cumplan unas

³⁷⁷LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Razones de la exclusión. Op. Cit, p. 36.

³⁷⁸ ASÚA BATARRITA, Adela. “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencia de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de inmigración”. En *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002, p 18.

determinadas tareas con plazo fijo y retorno obligado”.³⁷⁹ Así y solo así, se podrá ser bienvenido bajo el estatus de ciudadano de “primera clase”, digno de pisar suelo europeo. Irónica exigencia de quienes antes exterminaron e invadieron, cual dueños del mundo, a pueblos que terminaron esclavizados, y cuando no, exterminados. Colectivos que hoy precisamente, no son las caras más gratas de una política que, paradójicamente, dice llamarse “comunitaria”.

Los naufragios en las costas mediterráneas, ocurran en el punto en que ocurran, son “el producto, probablemente no deseable, pero si claramente predecible, de tomas de decisiones concretas que se traducen en políticas de fronteras destinadas a construir un “cordón sanitario” que “proteja” al territorio y a los ciudadanos de Europa de las supuestas “invasiones” a las que está expuesta”.³⁸⁰ De hecho, las águilas napoleónicas pueden ser evaluadas como escenografía teatral de desfile, cuando Pushkin, dirigiéndose a Napoleón escribía: ¿Es quizás mucho que tus águilas volaban sobre la tierra privada de toda la gloria?”.³⁸¹

Se crea un metadiscurso con estereotipos y símbolos, para restringir ampliamente con argumentos explosivos, la movilidad y sobre todo la humana, pues el extranjero es visto –según su lugar de procedencia–, como el extracomunitario pobre, sin ciudadanía política, posible delincuente objeto de sospecha, y por ello, “sostiene la consecuencia natural de que la discriminación en el trato, la no equiparación de derechos, está justificada”.³⁸²

³⁷⁹Cfr. LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Nuevas estrategias de estigmatización. El derecho, frente a los inmigrantes”. Guillermo Portilla Contreras (Coord.). En *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, p. 214.

³⁸⁰MARTÍN DÍAZ, Emma. “La Unión Europea y la política de fronteras: Reflexiones ante las próximas elecciones”. En línea: [<http://asambleadandalucia.blogspot.com.es/2013/10/la-union-europea-y-la-politica-de.html?m=1>]. [Fecha de consulta octubre 18 de 2013].

³⁸¹Cfr. LOTMAN, Yuri. *Cultura y explosión: Lo previsible y lo imprevisible en los procesos de cambio social*. Prologo de Jorge Lozano. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 182.

³⁸²LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración”. María Rodríguez Mesa y Luís Ruíz Rodríguez, (Coords.). En: *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant Monografías, 2006, p. 20.

Así entonces, ya se sabe quiénes son los enemigos en la era de la globalización. Todos estos son factores que influyen en el deterioro lento de los menos favorecidos. El resultado: *el exterminio*, aunque no total, porque son indispensables para el mantenimiento de la des-balanza entre lo que divide a los marginados de los poderosos, a los opresores de los oprimidos.

Desde luego, esa visión ha dado paso como ratifica JAVIER DE LUCAS,³⁸³ a cierto pragmatismo: no podemos evitar la inmigración porque en el fondo nos es útil. Pero ese pragmatismo provoca en realidad un dilema cornudo: o bien el cinismo instrumental, o bien el humanitarismo paternalista/asistencialista (un discurso que explota la dimensión emocional para crear buena conciencia meramente retórica) y una y otra opción responden a una comprensión deficiente del alcance del fenómeno. Máxime cuando el país receptor es considerado un sujeto pasivo, que no está implicado en el proceso de emigración.³⁸⁴

DOS MUNDOS DISTINTOS: DON DINERO Y LOS INDESEADOS

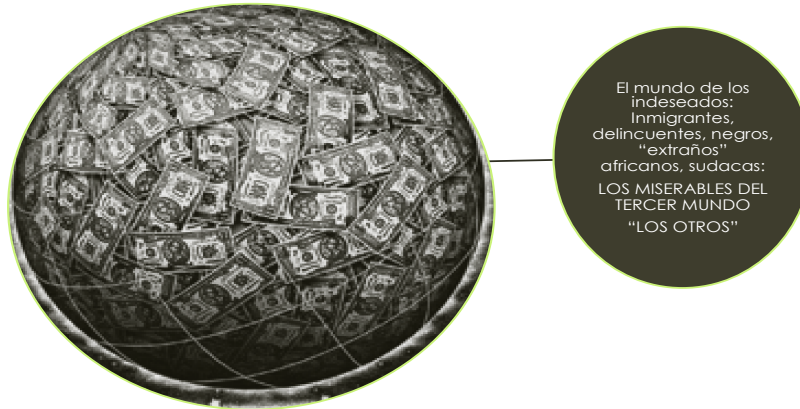


ILUSTRACIÓN No 4. Dos mundos distintos

De hecho, en los países más desarrollados es donde se privilegian políticas de inmigración centradas en concepciones más anticuadas sobre el control y regulación; pues se define la frontera y al individuo como sitios de observancia

³⁸³ LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. "La inmigración, como res política". En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 2004, p. 11.

³⁸⁴ SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización*. Op. cit, p. 39.

regulatoria.³⁸⁵ Por ello a su vez, en estos últimos años con la crisis europea, “los inmigrantes, sus condiciones de vida, sus penas y sus sufrimientos, todo ha sido ocultado.

Por tanto, el nacionalsocialismo xenófobo se ha convertido en mercancía en Europa, pero los lejanos subsaharianos, los egipcios, los sirios, albaneses, romaníes, y muchos más, siguen afluyendo, como si el paraíso europeo tuviera también la virtud de esconder su cara infernal. Como si además la esperanza de otra vida fuese más fuerte que la cara de la otra vida: la muerte”.³⁸⁶

Sí bien, el individuo puede experimentar su propia emigración como el resultado de sus decisiones personales, entendiendo la opción misma de emigrar como producto social, este hecho se pierde de vista fácilmente en muchos de los análisis sobre inmigración porque los flujos migratorios tienden a compartir características comunes. Precisamente los inmigrantes son en su mayoría personas de pocos ingresos, procedentes de los países menos desarrollados, con niveles de educación bajos o medios, y con la disposición a aceptar trabajos que nadie desea.³⁸⁷

De ahí que muchos crean que es la pobreza y el desempleo lo que generalmente empuja a la gente a emigrar. Sin embargo, muchos países con una gran pobreza y un alto nivel de desempleo carecen de una historia significativa de emigración, y en otros la emigración es un suceso reciente a pesar de contar con una pobreza de larga duración.³⁸⁸ Es necesario que otras condiciones activen la pobreza como un factor de empuje e, incluso entonces, es probable que sólo sea una pequeña minoría de personas pobres y de clase media quienes traten de emigrar. La emigración no es sin más una huida general de la pobreza y el desempleo hacia la prosperidad. Por lo cual gran parte de lo que aún describimos

³⁸⁵Ibid, p. 39.

³⁸⁶NAÏR, Sami. “Morir en Lampedusa”. Op. Cit, p. 4.

³⁸⁷SASSEN, Saskia. “La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas”. RIFP, nº 27, 2006, p. 19.

³⁸⁸Cfr. SASSEN, Saskia. *La ciudad global*. Op. Cit, p. 39.

con el lenguaje de la inmigración es, en realidad, una serie de procesos que tienen que ver con lo siguiente:

1) la mundialización de la actividad económica, de la actividad cultural y de la formación de la identidad y 2) la racialización cada vez más marcada de la segmentación del mercado laboral, con lo que los componentes del proceso de producción en la economía avanzada de la información mundializada que se está produciendo en los ámbitos laborales de los inmigrantes no están reconocidos como parte de ella. La inmigración y la etnicidad se constituyen como otredad.³⁸⁹

En este sentido, no sólo en la lucha contra la pobreza, sino en el intento de una convivencia multicultural respetuosa de los derechos humanos, las diversas políticas que diseñan y ponen en marcha los países de inmigración debe proceder a una equiparación progresiva de derechos entre todos los residentes, sea cual sea su nacionalidad, así como a una redistribución de los recursos, bienes y servicios hasta entonces disponibles en la que también participen los recién llegados.³⁹⁰

Empero, en las sociedades receptoras de inmigrantes, especialmente en las sociedades más ricas, se registran con frecuencia reacciones de resistencia por parte de sectores que, manejando no siempre datos contrastados, sienten amenazado su propio bienestar material.³⁹¹ A ello se le puede agregar, el malestar de la crisis que ha desencadenado vertiginosas metamorfosis en el sistema mundial que modifican algunos aspectos relevantes en esta relación subordinación y exclusión en la que se ven inmersos miles de inmigrantes³⁹² bajo la etiqueta de la ilegalidad.

³⁸⁹Ibid, p. 39.

³⁹⁰VELASCO, Juan Carlos. "Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global". En *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI, n°. 744, 2010, p. 585-586.

³⁹¹Ibid, p. 886.

³⁹²Ibid, p. 886.

2.1.1. La nuda vida: deshumanización hecha persona

Centenas de millares de portugueses (¿y cuántos españoles?) tuvieron que adentrarse en la llamada culta y civilizada Europa de allá de los Pirineos, en condiciones de trabajo infame y salarios indignos. (...). Algunos de esos hombres, algunas de esas mujeres no perdieron ni quisieron perder la memoria del tiempo en que padecieron todos los vejámenes del trabajo mal pagado y todas las amarguras del aislamiento social (...). Aquel que antes fue explotado y perdió la memoria de haberlo sido, Acabará explotando a otro. Aquel que antes fue despreciado y finge haberlo olvidado, Refinará su propia capacidad de despreciar. Aquel a quien ayer humillaron, humillará hoy con más rencor. Y helos aquí, todo juntos, tirándole piedras a quien llega hasta esta orilla del Bidasoa, como si ellos nunca hubieran emigrado, o los padre, o los abuelos, como si nunca hubieran sufrido de hambre y desesperación, de angustia y de miedo. En verdad, en verdad os digo, hay ciertas maneras de ser feliz que son simplemente odiosas. José Saramago. (*Acerca de la inmigración en el estrecho de Gibraltar*).

Las campañas globales antiinmigrantes y los cientos de personas que perecen intentando cruzar de un “charco a otro” sin la mínima humanidad presente, son el ejemplo más contundente para materializar el descontento generalizado que se vive en la actualidad. Ciertamente, se está perdiendo la esencia de lo humano, el ser capaz de razonar, sentir, y aún más, ver al otro dentro del espejo de lo “propio”.

Hoy por hoy el sistema mundo resultante, esa mezcla de Estados nacionales, modelo capitalista y manera de pensar que llamamos modernidad, se organizó de manera tal, “que necesitaba grandes grupos de población malviviendo para que unas minorías gozaran privilegiadamente de la vida social. Toda obra de civilización, expresó Walter Benjamín, es a su vez una obra de barbarie. Sobre la homogeneidad actual de los Estados están los cadáveres de todos los que quisieron hacer valer alguna diferencia”.³⁹³

Desafortunadamente, la sociedad subsiste no solo en relaciones asimétricas, sino inhumanas; en diferentes ámbito de la vida, desde lo económico³⁹⁴ hasta lo asistencial. La muerte del Joven PIOTR³⁹⁵ de nacionalidad

³⁹³MONEDERO, Juan Carlos. *Disfraces del Leviatán*. Op. cit, p. 124.

³⁹⁴La progresiva ocupación de espacios por poderosas fuerzas económicas y sociales (de las 100 economías más grandes del planeta, 51 son empresas y 49 son Estados) se extiende no solo en territorios, sino también en las relaciones económicas, políticas, y culturales, produciendo,

polaca lo confirma, –inmigrante europeo y por tanto fiel beneficiario del “*status* de comunitario”–, es una escena clara para entender lo que es ser ciudadano de segunda, *underclass*. Causa de la muerte: quizás vergüenza, desnutrición, hambre, descontento, apatía, miseria, y sobre todo inhumanidad. (Todos ellos malestares de la sociedad del siglo XXI).

Sociedad caracterizada por ese símbolo de luz, dado los constantes avances tecnológicos y de la ciencia, pero al mismo tiempo época degenerativa, por la regresividad de los “santificados” derechos humanos. Lo observado, *inhumanidad*. Así miles de personas a diario fallecen siendo víctimas de la deshumanización de un lugar llamado mundo, poblado por hombres que juegan a ser *seres humanos*.

Lo visible se vuelve opaco, en una relación donde el poder se debe imponer para marcar la diferencia entre el cero y la nada, siendo el cero algo más que la nada. Conversión que diferencia la pobreza de la miseria. Todos son factores que influyen en el deterioro lento de los menos favorecidos. El resultado: *el exterminio*, aunque no total, porque son indispensables para el mantenimiento de la desbalanza entre lo que divide a los marginados de los poderosos, a los opresores de los oprimidos.

Si se quiere analizar un ejemplo, aún más paradigmático, bastaría con observar detalladamente, la crónica de los fallecidos al norte de Níger en su

paradójicamente quizás, mayores desigualdades que deciden la calidad de vida de unos y otros. Lejos de conjurar la desigualdad social existente pueden señalarse diversas formas de control social que preservan y reproducen el orden social. Crf. PEGORARO, Juan. “El Control Social como custodio del orden social: selectividad e impunidad de los poderosos”. César Barreira y otros (Coords). En *Conflictos sociales, luchas sociales y políticas de seguridad ciudadana*. Universidad Autónoma del Estado de México, 1a edición 2013, p. 21.

³⁹⁵ □ Miembros de Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 15M, Sindicato Andaluz de Trabajadores, Marea Naranja, Amuradi, CNT, Mujeres Gitanas Universitarias de Andalucía, Plataforma Multicultural por una Sanidad Universal, Observatorio del Derecho Social o Plataforma por el Derecho a la Sanidad han participado en la concentración en memoria del joven fallecido en Sevilla y han mostrado su “indignación” y “preocupación” por las situaciones por las que cada día unas 3.000 personas sin hogar pasan en la capital hispalense. Al respecto véase: RAMAJO, Javier. “No más muertes sociales”. En memoria de Piotr Piskożub. *El diario.es*. En línea: <http://www.eldiario.es/andalucia/concentracion-muerte-joven-albergue_0_184082407.html>. [Consultado 10 de octubre de 2013].

pretensión de llegar a Europa cruzando el desierto del Sahara; un intento de ingreso a territorio Europeo en busca de vivir con dignidad:

92 personas, en su mayoría mujeres, 33, y niños, 52 pequeños, que engordan la vergonzosa cifra de personas que fallecen en el intento de un exilio forzado por las inhumanas condiciones de vida a la que se ven sometidos en sus países de origen.□

(...) Las personas fallecidas fueron encontradas en el norte de Níger después de que los vehículos en los que viajaban se averiasen en su intento por cruzar el desierto del Sáhara tal y como dieron a conocer la autoridades nigerianas que aseguraron que los inmigrantes habían partido en dos camiones de la localidad de Arlit, en el norte de Níger, hacia Tamanrasset, en Argelia, a mediados de octubre. Después de que uno de los camiones se averiara, el segundo volvió para buscar ayuda pero quedó atrapado y los pasajeros intentaron volver al punto de partida a pie.³⁹⁶

Fácilmente pues, los excluidos llagan a la pura nuda vida, *un mero cuerpo que, escindido de la forma de vida del ciudadano, queda totalmente desprotegido*;³⁹⁷ perpetuándose la diferencia entre los de arriba y los de abajo. Los primeros, “pugnando por mantener su privilegio. Los segundos, queriendo salir de su condición subalterna. No ha habido estrategia más eficaz para mantener el

³⁹⁶(...). 92 personas que murieron de sed. 92 personas más muertas en un octubre negro ligado por siempre a datos, a hechos, a situaciones estremecedoras. 92 muertes más en la tragedia de la inmigración clandestina que hoy nos centra la mirada en Níger y en el desierto del Sáhara pero que ayer se dirigía al mar Mediterráneo, a Lampedusa, que siempre encuentra nuestra vergüenza en el Estrecho de Gibraltar□92 personas muertas, porque les fue imposible soñar siquiera con llegar a Europa de manera regular debido, que no se nos olvide, a una legislación (la española y la europea que les deja solo como alternativa acudir a los pasadores, a las mafias que, no en pocas ocasiones, los abandonan en el desierto ante cualquier inconveniente o control policial De hecho, éste es el segundo drama de este tipo que ocurre en menos de un mes en el país ya que a principios de octubre otros siete inmigrantes perecieron de sed después de que el vehículo que los transportaba tuviera una avería en una zona desértica. No estamos ante un hecho aislado. Según la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios en Niamey (capital de Níger), “unos 30.000” migrantes han transitado de forma irregular entre marzo y agosto de este año por Agadez, la principal ciudad al norte de Níger, es decir, unos 5.000 al mes.□ Hoy no sólo se muere en el Mediterráneo. Hoy no sólo se muere en las aguas del Estrecho de Gibraltar. Hoy también sabemos de esas muertes cotidianas y silenciosas, como un goteo macabro, de miles de personas en su camino hacia una Europa que en este mes de octubre le debe costar mirar para otro lado y debe sentir una profunda vergüenza. Cfr. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. “En el desierto de Níger, 92 muertos para vergüenza de Europa”. Delegación de Cádiz. [En línea]. Disponible en: <<http://apdhacadiz.wordpress.com/2013/11/02/en-el-desierto-de-niger-92-muertos-para-verguenza-de-europa/>>. [Publicado el 2 de noviembre de 2013].

³⁹⁷AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción. Homo sacer (II, I)*. Flavia Costa- Ivana Costa, (Trads). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Ed., 2007, p. 24.

estado de las cosas que la fragmentación y el desarraigo. Letras sueltas que no forman palabras; palabras extrañas incapaces de comprender la realidad y dar cuenta de ella”.³⁹⁸

Esto ya ha sido descrito hasta el cansancio, el capitalismo³⁹⁹ acelera y la sociedad se degrada, precisamente en detrimento de los excluidos. Pues en un mundo de “globalización económica y de grandes desigualdades socioeconómicas, el derecho que toda persona tiene a la libre elección de su trabajo y a un nivel de vida adecuado parece difícil de lograr si no hay oportunidades de migrar”.⁴⁰⁰ Esto explica, entre otras cosas, el reconocimiento que “tiene el capitalismo en un sistema capaz de concitar amplios apoyos al tiempo que condena a tres cuartas partes de la humanidad a la miseria (...). La vida se convierte en un proceso fugaz y sin identidad, *líquido* que termina corroyendo el carácter de los sujetos”.⁴⁰¹

Así aparece no sólo un *mundo al revés*, sino un derecho al revés. Pero con su antónimo, un derecho “al derecho” para los de arriba y otro “al revés” para los de abajo, o dicho en palabras Jakobsianas, un derecho para los ciudadanos y otro para los “enemigos”. De esta forma son afectados colectivos con absoluta situación de desventaja, en contextos difusos de desesperación, hambre, desesperanza; todos y cada uno de ellos, muy posiblemente interrelacionados entre sí; en una constante donde la miseria es la regla general y el derecho

³⁹⁸ MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Crítica y reconstrucción de la política*. Op. cit, p. 8.

³⁹⁹ BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Marisa Pérez Colina, Alberto Riesco Sanz y Raúl Sánchez Cedillo, (Trad). Madrid: Akal, 2002, p. 527. Como describen los autores en la década de 1990, el nuevo impulso de la crítica se puso sobre todo de manifiesto en el terreno social, en la que la degradación de los modos de vida asociada al desarrollo de un capitalismo liberado de numerosas constricciones se había hecho patente. En el transcurso de estos últimos años, éste ha sido esencialmente el ámbito de experimentación de paliativos contra una miseria y un egoísmo crecientes, como si reducir la inseguridad económica de los menos desfavorecidos bastara para ofrecer a los miembros de los países más desarrollados y, en particular a los hombres a los jóvenes unas formas de vida “estimulantes” en una sociedad ahora “abierta”, “creativa” y “tolerante”.

⁴⁰⁰ DE GUCHTENEIRE, Gush y PECOUD, Antoine. “Migración sin Fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas”. *Migraciones Internacionales*. Vol. 3, nº 2, 2005, p. 147.

⁴⁰¹ MONEDERO, Juan C. Op. Cit, p. 7.

reacciona para oprimir con un discurso jurídico que se queda muerto en un escenario de sólo palabras.

El axioma de que “cada forma de poder tiene no sólo su escenario específico sino también su muy particular ropa sucia”,⁴⁰² se comprueba. Realmente el caos, la miseria y las formas de opresión, también sirven para “poder hacer”, cuanto más grande sea la desigualdad de poder entre los dominantes y los dominados y cuanto más arbitrariamente se ejerza el poder, el discurso público de los dominados adquirirá una forma más estereotipada y ritualista. En otras palabras, cuanto más amenazante sea el poder, más gruesa será la máscara.⁴⁰³

Ese Otro-enemigo, reflejado en el extranjero, es pues un discurso creado para defenderse contra la intromisión del “Otro”. Al considerarlo como extraño que a la vez amenaza a la población laboralmente activa, ante el mito de desplazar y socavar la mano de obra nativa.⁴⁰⁴ Por ello se reproduce un imaginario negativo que radica en juzgarle no en función de cómo es, sino en función de nuestro propios fantasmas.⁴⁰⁵

Por esto no es una sorpresa que los inmigrantes integren colectivos que, quizás, se encuentran bajo la aporía de la vergüenza; “sensación que procede del deshonor. Expresa (...) intenciones envilecedoras, degradantes, ignominiosas, contrarias al «honor de ser un hombre»”.⁴⁰⁶ Precisamente por el sentimiento de humillación e indignación que padecen miles de familias en el mundo, ante un discurso jurídico que se mueve en una zona de penumbra, apelando a elementos transpersonalistas: “«defensa social», expresión que ha cobrado un sentido del

⁴⁰²Cfr. SCOTT, James C. *Los dominados y el arte de la resistencia*. Discursos ocultos. México: Ediciones Era, 2000, p. 36. Véase también: SCOTT, James C. “Detrás de la historia oficial”. *En Fractal*, No 16, año 4, Vol. V, enero-marzo, 2000, p. 80.

⁴⁰³Ibid. p. 72.

⁴⁰⁴Cfr. WACQUANT, Loïc. “Penalization, Depoliticization, Racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union”. Extended version of a shorter piece circulated in absentia at the session on ‘The Power to Punish’ at the Scottish Criminology Conference, held in Edinburgh, Scotland, on 11–12 September 2003, based on chapter 6 of book *Deadly Symbiosis* 2006, p. 84.

⁴⁰⁵NAÏR, Samir. *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*. Barcelona: Circulo de lectores, 2010, p. 83.

⁴⁰⁶ZIEGLER, Jean. *El imperio de la vergüenza*. Madrid: Taurus 2006, p. 16.

todo diferente al que concibieron sus sostenedores doctrinarios y que cumplen la misma función que los elementos autoritarios que cerraban los discursos totalitarios de otros tiempos (defensa del Estado, de la raza, de la Nación, del proletariado, etc.)”.⁴⁰⁷

La razón, el inmigrante es visto como un peligro inminente y debe demostrar por tanto: “que no es una amenaza, una patología, un cuerpo extraño e incompatible cuya presencia no puede generar rechazo, desestabilidad, e imposibilidad de convivencia.”⁴⁰⁸ Si se apreciara al otro desde el espejo propio, se podría observar de forma clara y contundente, –como en el rodaje de una película, sólo que en este caso es la pura vida– que al llegar al país receptor, el inmigrante encuentra la confusión de que son vistos como los desviados, extraños, *hostis alienígena*, *hostis judicatus* (extranjeros o indeseables peligrosos), en la descripción dada por ZAFFARONI⁴⁰⁹ bajo la lógica de los no personas. O peor aún, pueden ser los extraños a la comunidad, “*Gemeinschaftsfremde*”.⁴¹⁰

Los inmigrantes procedentes de América Latina y África son un fiel ejemplo de los no gratos ante la comunidad europea. –y eso que del África sólo supimos lo que nos enseñó el profesor Tarzán, inventado por un novelista que nunca estuvo allí–.⁴¹¹ Ante las fuertes políticas de emigración, ni siquiera se observa un intento real por reparar lo que quizás en décadas pasadas, pudo ser una práctica genocida, usurpando una tierra con dueño, pero habitada y dominada bajo el verdugo plan del hombre conquistador.

⁴⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila editores, 1era ed, 1993, p, 48.

⁴⁰⁸ LUCAS, Francisco Javier de. Op. Cit, p. 30.

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. cit, p. 22.

⁴¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”. Op, Cit, p. 487.

⁴¹¹ GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2005, p. 37.

No hay que mirar atrás, hoy se habla del segundo desembarco,⁴¹² por el efecto de las multinacionales y no solo españolas, en la economía y medio ambiente del territorio latinoamericano. Es como un *holocausto*, un sistema que exige precio valorable en vidas *siempre que necesita expandirse*.⁴¹³ A la suma, otro brote más de capitalismo, de inhumanidad, el *Shoah* de la modernidad.

De hecho, como insiste NAÏR,⁴¹⁴ al igual que VELASCO,⁴¹⁵ existe un amplio consenso sobre la base de que las migraciones no constituyen un fenómeno epidérmico, esporádico o temporal ligado a una coyuntura, sino un fenómeno estructural, que está transformando profundamente el tejido social casi todo los países del mundo. En consecuencia, los migrantes presentan una variedad demográfica, social, cultural y económica cada vez mayor y prácticamente inédita en el pasado. En tanto, como fenómeno complejo, implica a protagonistas de diferentes procedencias y conlleva repercusiones en múltiples contextos, tanto en países receptores como en los de origen y muy en diversas direcciones”.⁴¹⁶

Hoy encontramos *verbigratia*, que el abandono a la clase obrera ágilmente activó, el movimiento de la prole no solo a las grandes ciudades, sino a territorios extranjeros, imponiendo la obligatoria salida de una parte de los habitantes del campo; “«éste empuja hacia fuera a sus hijos... Capas de población que desde

⁴¹²Quinientos años después de la Conquista de América, las empresas multinacionales españolas, con el apoyo de la diplomacia, de los organismos financieros internacionales y de los medios de comunicación, se hacen con los sectores clave de las economías de América Latina.

Es el segundo desembarco. Modernización, generación de empleo, disminución de la pobreza... fueron solo mitos. El saldo en forma de impactos de todo tipo no puede ser más negativo: daños medioambientales, desplazamientos de población, carestía y deficiencias de los servicios públicos privatizados, deterioro de los derechos laborales, violaciones de los derechos humanos y, en general, saqueo económico y de los recursos naturales. Consúltese: Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) y Paz con Dignidad. *Revista Pueblos*, Jueves 5 de mayo de 2011. [En línea]. <<http://blip.tv/omal/el-segundo-desembarco-multinacionales-españolas-en-américa-latina-3742886>>. Visto, [Octubre 12 de 2013].

⁴¹³PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 97-98.

⁴¹⁴Las características del fenómeno migratorio muestran que se ha convertido en una constante estructural, en un factor sistémico del mundo globalizado. Cfr. NAÏR, Samir. *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*. Circulo de lectores. Barcelona, 2010, p, 32.

⁴¹⁵VELASCO ARROYO, Juan Carlos. “Mutaciones de la ciudadanía en el contexto de las migraciones transnacionales”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. No. 14. Valencia, 2006, p. 2.

⁴¹⁶SANTIBAÑEZ GRUBER, Rosa y OÑATE, Maiztegui. *Inmigración: Miradas y reflejos*. Historias, identidades y claves de intervención social. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 9.

siglos estaban tan fuertemente adheridas a la tierra, como si fueran plantas arraigadas en ella, se pusieron movimiento y en tropel se disociaron de la tierra y emigraron abandonando su patria». ⁴¹⁷ Pero tal abandono de la patria, significó entonces, que el inmigrante, o dicho de otra forma, los indeseados, se vuelven “enemigos”, los excluidos del *status de personae*, ⁴¹⁸ son pues los marginados.

Estos problemas vienen desde antaño, basta mirar la obra de HANNAH ARENDT, *the human condition*, para entender la símil: “antes de la edad moderna carecer de un lugar privado propio (como era el caso del esclavo) significaba dejar de ser humano”. ⁴¹⁹ Las circunstancias varían, pero las etiquetas permanecen con el nombre de otros protagonistas.

En efecto, el tema en sí mismo ha generado una especie de fobia contra el inmigrante. A propósito de la políticas de inmigración calificadas como la manifestación de un *fobotipo* ⁴²⁰ en un sujeto o “infrasujeto de riesgo”, para calificar al inmigrante, o más bien, abiertamente enemigo. Siendo un discurso perverso, que como expone JAVIER DE LUCAS ⁴²¹, al extenderse pone en peligro la posibilidad de encontrar un modelo de Derecho apto para la gestión de las sociedades multiculturales.

En un sinsentido lógico, al tiempo que el trabajo precario es desarrollado precisamente por pobres, minorías e inmigrantes “sin papeles”, ⁴²² –situación que desencadena exclusión social porque la transformación de aquellos en ciudadanos con derechos no importa–., se incrementan medidas de securitización fronterizas para combatir a los extraños objetos de peligro, que por obligación más no por elección, terminan mayoritariamente habitando las peores zonas, que además de

⁴¹⁷ GOYTISOLO, Juan Vallet de. Op. cit, p. 43.

⁴¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Los indeseados como enemigos”. Op. Cit, pp. 1-18.

⁴¹⁹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Introducción de Manuel Cruz. Traducción de Ramón Gil. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 71.

⁴²⁰ LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Nuevas estrategias de estigmatización. El derecho frente a los inmigrantes”. Op. Cit, p. 205.

⁴²¹ Ibid, p. 205.

⁴²² VITE PÉREZ, Miguel Ángel. “Estado, globalización y exclusión social”. *En política y Cultura*, primavera, nº. 25, Universidad Autónoma Metropolitana, 2006, p. 18.

peligrosas⁴²³ son habitadas por la “plebe”, hecho indiscutible que, como se insiste, criminaliza la pobreza.⁴²⁴ Sistema que convierte a la sociedad en un «régimen de prácticas» de control. Dispositivo de vigilancia en modalidad de una represión que ya no se despliega sobre los individuos sino sobre clases completas de sujetos.⁴²⁵

Releyendo *La ciudad de cuarzo* –obra publicada por el sociólogo y urbanista MIKE DAVIS– muy de la mano con *La ecología del miedo*,⁴²⁶ se encuentra un ejemplo bastante ilustrativo de cómo se desarrollan estas políticas degenerativas, al explicar desde el escenario Norteamericano, proyectado en los Ángeles (LA), cómo se ha afectado a la población inmigrante, entre otras cosas, con políticas de recortes sociales y precarización de las condiciones laborales, generando a gran escala más desigualdad y conflictos sociales, tomando como respuesta el endurecimiento de las penas, aumento brutal de la población reclusa, y abandono especialmente extendido, a las barriadas de población negra y emigrante.

Sin embargo, lo anterior es una símil de lo que pasa en espacios sectorizados, pues la segregación de los inmigrantes en las ciudades europeas, la reclusión de la fuerza de trabajo afroamericana, hispanoamericana y oriental en las metrópolis Norteamericanas y, en general, la implantación de zonas urbanas de accesibilidad diferenciada, alimentan un régimen de la ajenidad que tiene como objetivo la desestructuración de la multitud, la ruptura de los vínculos de empatía y

⁴²³Cfr. MIKE, Davis. *Ciudad al cuarzo*. Op. Cit, p. 501.

⁴²⁴Cfr. WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.

⁴²⁵DE GIORGI, Alessandro. Op. Cit. p. 137.

⁴²⁶*Blade Runner* es descrita por el autor como un monstruo, una producción maligna de la desigualdad. Describe una ecología humana organizada por fuerzas biológicas de invasión, competencia, descendencia y simbiosis. Con una estructura urbana proyectada hacia el futuro con determinantes “ecológicos”: clase y raza, entre otros, pero se añade uno crucial, *el miedo*. La consecuencia inmediata es que se cae en el exceso de la seguridad personal como principio como pauta para la supervivencia, dado que la vida en la ciudad se hace cada vez más insegura. Cfr. MIKE, Davis. *Más allá de Blade Runner. Control urbano: ecología del miedo*. Barcelona: VIRUS, 2001, pp. 6-7 .

cooperación que desde el punto de vista del dominio representan un peligro extremo.⁴²⁷

Políticas seguidas no sólo en EE.UU., sino a nivel europeo, e incluso planetario. Pues con el sofisma del progreso inmersos en las grandes ciudades, se alienta la salida esperanzadora de flujos migratorios procedentes de los países en vías de desarrollo; por el mito de fácil aumento del nivel en la calidad de vida. Pero a *contrario sensu*, se engendran problemas aterradores que terminan afectando a los extranjeros que emigran a ellas.

Por el supuesto riesgo, la política común es estigmatizar al inmigrante pobre como criminal, legitimando también, “la violencia policial en su contra. La gestión del miedo se hace presente provocando inseguridad ciudadana, la cual se ha convertido en una carta blanca para generar consenso social entorno a las políticas discriminatorias y totalitarias”.⁴²⁸

A la deriva del olvido que seremos, la alternativa viene siendo cada vez más clara. Ya FACIOLINCE⁴²⁹ lo definía en tono profético al escribir: “O nos comportamos como animales inteligentes y racionales, respetando la naturaleza y acelerando en lo posible nuestro incipiente proceso de *humanización*, o la calidad de vida humana se deteriora. Sobre la racionalidad de los grupos humanos empezamos algunos a tener ciertas dudas. Pero si nos comportamos racionalmente, sufriremos la misma suerte de algunas culturas y algunas estúpidas especies animales, de cuyo proceso de extinción nos quedan apenas restos fósiles. Las especies que no cambian biológica, ecológica o socialmente cuando cambian su *hábitat*, están llamadas a perecer después de un período de inenarrables sufrimientos”.

⁴²⁷DE GIORGI, Alessandro. Op. cit. p. 138.

⁴²⁸MIKE, Davis. *Ciudad al cuarzo*. Op. Cit, p. 497.

⁴²⁹FACIOLINCE, Héctor Abad. *El olvido que seremos*. Bogotá: Planeta, 13ª ed, 2006, p. 206.

Definitivamente la apatía por el “Otro” y lo “otro” está deshumanizando al género humano. Muy posiblemente cuando se recupere tal significado, se podrá entender que ese “Otro” que asusta e incomoda, son justamente eso, seres humanos que quieren vivir, pero vivir con dignidad, haciendo un espacio, independientemente del punto geográfica, *su casa*.

*Es la memoria, ese diamante que nos conecta
Con lo que somos.... O fuimos. Esa memoria, a la
Que en condiciones normales solo visitamos en
alguna tarde lluviosa, se vuelve de vital necesidad
cuando eres inmigrante, como es mi caso.
Pertenezco a una casta de mujeres valientes,
Mujeres que decidieron dejar su Gales natal y
viajar dos meses en un pequeño velero en busca
de un país que les diera libertad para hablar
su idioma y profesar su religión. Allí se
quedaron, en la Patagonia Argentina, y crearon
sus familias y levantaron sus casas.
Muchos años después yo he tomado la misma
decisión que ellas, y aquí estoy, a muchos
kilómetros de mi casa... Pero en mi casa.
Ar Lan A Mor cuesta esta historia.*

Mariana Gonzáles Roberts. *Te regalo un Tesoro*.

2.1.2. La satanización del “Otro”

Sin atender el llamado de humanidad, hoy por el contrario, la sociedad actúa bajo mecanismos de desconexión moral,⁴³⁰ se desnaturaliza el daño infringido y se legitima la conducta globalmente nociva; “excelente factor de autodesinhibición

⁴³⁰In the development of moral agency, individuals construct standards of right and wrong that serve as guides and deterrents for conduct. In the ongoing exercise of moral agency individuals judge their conduct against their personal standards and situational circumstances and react to it with affective self-sanctions (Bandura, 1991; 1986). They do things that give them satisfaction and a sense of self-worth, and refrain from behaving in ways that violate their moral standards because such conduct will bring self-condemnation. It is through the ongoing exercise of evaluative self-sanctions that moral conduct is motivated and regulated. Cfr. BANDURA, Albert. “Moral disengagement in the perpetration of inhumanities”. *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3. No. 3, 1999, pp. 193-209. Igualmente, BANDURA, Albert. “Mechanisms of moral disengagement in support of military force”. *The impact of Sep. 11. Journal of Social and Clinical Psychology*, Vol. 25, No 2. 2006, pp.141-165.

primero, y de autoexculpación después”.⁴³¹ El otro se sataniza, no sólo para alejarlo de uno mismo, sino también, para hacer pensables y posibles, las condiciones de su muerte, de su aniquilación.⁴³²

Ya no se requiere una guerra mundial y una política nazi para hacer tal cosa: centros carcelarios en hacinamiento y en condiciones precarias, operaciones de limpieza social en países de América Latina (epidemia combatida con tolerancia cero),⁴³³ donde los vagabundos, indigentes, desocupados, entre otros tantos; son el estorbo para los “otros” no enemigos del sistema; condiciones laborales precarias, o llamando las cosas por su nombre, el famoso dumping social que de manera legal abarata la mano de obra. Sin mencionar la brillante intervención de las multinacionales, que devoran cual rapiña las aspiraciones de pequeños

⁴³¹ SAGÜÉS, Néstor. Op. Cit, p, 455.

⁴³² NAÏR. Samir. Op. cit, p. 83.

⁴³³ La ciudadanía latinoamericana tiene motivos para sentirse preocupada por el clima de inseguridad ciudadana que se vive en gran parte de la región. Para la Organización Panamericana de la Salud un índice normal de criminalidad es el que se halla entre 0 y 5 homicidios por cada 100.000 habitantes por año. Ése puede ser tratado con los mecanismos convencionales. Cuando el índice de homicidios está entre 5 y 8 la situación es delicada, pero cuando excede de 8 nos hallamos frente a un cuadro de criminalidad “epidémica”. No puede ser tratada por las vías usuales. Han demostrado ser insuficientes. Éste es el caso de América Latina. [...]. Entre otras cosas puede conducir, como ha sucedido y está sucediendo, al peligro de que se generen operaciones sistemáticas de “limpieza social”. Un ejemplo estremecedor de ellas es el sistemático exterminio de niños de la calle en Río de Janeiro, Tegucigalpa, Bogotá y otras ciudades, denunciado continuamente por muchos sectores de estos países. Según dichos sectores, tales operaciones son llevadas a cabo por grupos parapoliciales y, ante la pasividad policial, la ideología subyacente es que de esta forma se está “previniendo” que estos niños se transformen en criminales. El mismo tipo de razonamiento –eliminar a las razas inferiores que no merecen vivir y mejorar la calidad demográfica de la población– era el que inspiró a las bandas nazis. La limpieza social es, en realidad, un eufemismo para ocultar este genocidio hitleriano cotidiano [...]. La política de mano dura recurre con frecuencia a la teoría de la “ventana rota”. Acuñada en 1982 por Wilson y Kelling, ha sido la base del enfoque de “tolerancia cero”, y sostiene que hay que aplicar con toda dureza la punición contra las infracciones más pequeñas, porque una “rotura de vidrios” podría ser el antecedente de acciones criminales más graves. Castigar severamente las infracciones pequeñas podría impedir que se desarrollaran delitos agudos. Léase: KLIKSBURG, Bernardo. *Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina*. Algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social. Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP), 2007, págs, 5, 12-14. También puede consultarse diferentes estudios realizados por el CINEP en Colombia. Al respecto, ROJAS, Carlos. *La violencia llamada “Limpieza social”*. Bogotá: CINEP, 1994. En el mismo sentido véase a: URIBE, María Victoria. *Enterrar y callar las masacres en Colombia, 1980-1993*. Bogotá: Comité Permanente por la Defensa de los derechos Humanos, 1995.

empresarios.⁴³⁴ Apareciendo una “(...) economía esclavista que se hace la posmoderna: paga salarios africanos, cobra precios europeos”.⁴³⁵ Y ¡Eureka! Como diría Arquímedes, el inmigrante es una de las piezas claves de esta trampa, siendo una presa fácil por la mano de obra que se requiere para ser explotada, pues tras la urgencia de la subsistencia, es preferible trabajar a ritmo y en condiciones de esclavos, que morir a la intemperie.

En la confusión de la época, “el malestar que se experimenta ante la vergüenza ajena, conduce la mayoría de las veces a tomar distancia, a negarse a comprender aquello que molesta. Escuchar a aquéllos que tienen vergüenza se hace difícil. Estas dos actitudes se refuerzan y complementan. El malestar de unos contribuye al rechazo de otros y al silencio de todos”.⁴³⁶ O dicho de otra forma, “los dueños de la luz alumbran y oscurecen franjas de la realidad en virtud de su interés”.⁴³⁷

Es evidente que el fenómeno de la inmigración no escapa a ese discurso de los excluidos del sistema. Realmente se ha convertido en “la piedra en el zapato” para muchos Estados, pues la crisis económica que afecta el orden global en pleno siglo XXI, desborda un caos donde la inmigración es una de las tantas

⁴³⁴ Como menciona Alcides, “Ante la escasez de reservas internacionales en los países subdesarrollados, donde abunda la mano de obra barata, las multinacionales anuncian la transferencia de inversiones como el medio propicio para, según dicen, generar empleo y para fortalecer la acumulación de reservas en divisas que los países pobres necesitan. Así, expanden sus negocios mediante redes transfronterizas, creando nuevas unidades empresariales, subsumiendo formal y realmente las empresas locales que se puedan potenciar y adaptar a las dinámicas del mercado desarrollado, buscando puntos estratégicos en costos, situación social y ubicación geográfica; para lo cual demandan de una adecuación de la institucionalidad del Estado conforme a los criterios del MT. (Mercado Transnacionalizado)”. Al respecto véase: HERNÁNDEZ, Alcides. *Globalización sin pobreza: una propuesta de integración para el desarrollo*. Tegucigalpa: Guymuras., 1era de, 2000, p. 16.

⁴³⁵ Cfr. Galeano, Eduardo. *Patatas arriba*. Op. Cit, p 20.

⁴³⁶ Cfr. DE GAULEJAC, Vincent. *Las fuentes de la vergüenza*. Buenos Aires: Marmol Izquierdo, 2008.

⁴³⁷ El autor describe lo que expresó el clérigo Martín Niemöller en 1945, narrando a un estudiante por qué pocos alemanes habían protestado contra los nazis: “Primero vinieron por los comunistas. Yo no era comunista así que no hablé. Después vinieron por los socialistas y sindicalistas, pero como no era ni lo uno ni lo otro entonces tampoco hablé. Después vinieron por los judíos, pero yo no era judío así que no dije nada. Cuando vinieron a por mi ya no quedaba nadie que pudiera hablar en mi favor”. MONEDERO, Juan C. *El gobierno de las palabras*. Op. cit, p. 8. Más recientemente el Fondo de Cultura Económica ha editado: *El gobierno de las palabras*. Política para tiempos de confusión, 2011.

facetas de un lente que refleja la miseria en la que viven centenares de personas. Lente que muestra: hambre, desprotección, analfabetismo; lente que implora socorro, humanidad; sin embargo, la respuesta es, exclusión, cierre de fronteras, apatía, y sobre todas las cosas, inhumanidad. Efectivamente, la barbarie⁴³⁸ se ha aproximado de manera alarmante a nuestro presente hasta constituir una real amenaza.

Con este panorama, se puede instruir con elocuencia lo que diferencia a los animales de los hombres: no debe causar asombro, que los animales en situaciones “normales” no aspiran a tener ningún contacto con el hombre, ni siquiera con el objetivo de devorarlo: ellos se alejan de él, mientras que el hombre desde el comienzo ha buscado como cazador el contacto con ellos. Ello se traduce en un tomar distancia de los animales respecto del hombre, con la aspiración de no entrar en contacto. Atribuyendo a los animales la psicología humana, esta aptitud podría ser llamada repugnancia.⁴³⁹ Al punto que, pretender conocer la naturaleza humana significaría intentar mirar al hombre desde el lugar desde el que tan sólo un dios podría mirarlo”.⁴⁴⁰

Despertar de lo que envuelve la pasividad humana para contagiarnos de humanidad, es un arma fuerte en la lucha por la indiferencia. Se empezaría con ello a construir una sociedad realmente humanizada. Siempre hay una opción para recrear las piezas del rompecabezas. Valga decir lo que Prebisch describiera en una especie de rebelión contra el pensamiento céntrico: “la transformación es posible, pues sobre la base de una visión realista de los problemas se puede transformar la realidad, desplegar el potencial y lograr con el resto del mundo, y en

⁴³⁸CRUZ, Manuel. *Tolerancia o Barbarie*. Occidente ante el reto de la convivencia. Barcelona: GEDISA, Barcelona, 1998, p. 9.

⁴³⁹LOTMAN, Yuri. Op. Cit, p. 49.

⁴⁴⁰SORRENTINO, Vincenzo. “Amor *mundi* y política en Hannah Arendt”. *Revista Laguna*, No 25, Noviembre 2009, p. 29. [En línea]. <<http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20LAGUNA/25%20-%202009/02%20Sorrentino.pdf>>. [Consultado agosto de 2013].

primer lugar con los centros de poder mundial, una relación simétrica no subordinada”.⁴⁴¹

En consecuencia, aún cual hombres en tiempos de oscuridad, como escribiera ARENDT,⁴⁴² siempre estarán presente otras vías alternas posibles. Descifrar el escudo de lo que parece ser nuestra lenta y prospectiva destrucción, puede ser algo tan “simple” como una mera cuestión de actitud, una cuestión de humanidad que obligatoriamente incitaría a la acción.

Ello ha quedado demostrado de forma sutil hasta en la literatura, bastaría leer a GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ en su aventurera narrativa, *el ahogado más famoso del mundo*, para comprender la moraleja de que una toma de conciencia bastaría, y quizás, sólo así, esa humanización a la que se refiere Faciolince, inundaría el alma de hasta los más fríos adversarios, construyendo espacios de encuentro en la batalla más justa de la lucha por la dignidad. Abriendo los ojos ennegrecidos de los que no entienden que la pasividad puede ser un arma tan mortal como lo es una plaga al cafetal. En esta época de confusión⁴⁴³ el llamado, es entonces, *el amor mundi*, la militancia. O, dicho de otro modo, *la acción*; proceso simple de predicar pero difícil de practicar.

2.1.3. Securitización de las fronteras como lucha contra el enemigo

En el año 2009 el sociólogo belga, ARMAND MATTELLART, presentaba el lanzamiento de su libro *la globalisation de la surveillance. Aux orígenes de l'ordre sécuritaire*, en su versión al español, *un mundo vigilado*. El autor apuntaba a la

⁴⁴¹FERRER, Aldo. “Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global”. En *Revista CEPAL*, 101, 2010, p. 9.

⁴⁴²«Tiempos de oscuridad» que recuerdan la respuesta medieval de un *contemptus mundi*, del recelo ante los asuntos temporales y falta de esperanza en los giros de la tierra, que desplaza finalmente las expectativas cruciales más allá de lo visible. En la certidumbre de que «el tiempo de esta vida no es más que una carrera hacia la muerte». Vid. PALACIOS CRUZ, Víctor. “El amor al mundo en tiempos de oscuridad”. Un siglo de Hannah Arendt, una pensadora secular. En *Thémata*, Revista de Filosofía. Núm. 38, 2007, p. 77. En línea: <<http://institucional.us.es/revistas/themata/38/art5.pdf>>. [Consultado septiembre 21 de 2013].

⁴⁴³Cfr. PRINZ, Alois, *La filosofía como profesión o el amor al mundo. La vida de Hannah Arendt*, Barcelona: Editorial Herder, 2001, pp. 57 y ss..

forma cómo se genera en el mundo, una crisis de seguridad de los derechos, paradójicamente, por legítimas políticas de seguridad.

En su escrito destaca cómo la Unión Europea (UE) adopta una cultura de la seguridad, pues a través de la EUROPOL⁴⁴⁴ (European Police Office), –retrato del sistema estadounidense INTERPOL (International Criminal Police Organization u Organización Internacional de Policía Criminal)–; asemeja su misión a la de un servicio de inteligencia: “intercambio y coordinación, recogida y análisis de información, constitución de ficheros, no solo de personas sospechosas de haber cometido o participado en infracciones sino también individuos sobre quienes pesa la presunción de que pueden cometer delitos. Lo que significa anticiparse a la infracción.⁴⁴⁵ «El objetivo no es necesariamente el de captar al vuelo o azarosamente cualquier evento actual [...], sino más bien, el de anticipar las acciones, planificar cualquier eventualidad».⁴⁴⁶

En el año 2005 apareció un nuevo organismo, clave para el control de los flujos de inmigrantes, FRONTEX.⁴⁴⁷ Cuya misión es la de garantizar una mayor cooperación entre los Estados miembros de la UE en la gestión y vigilancia de sus fronteras terrestres, marítimas y aéreas. Posteriormente, en su comunicado del 30 de noviembre de 2006, titulado "Fortalecimiento de la gestión de la frontera marítima meridional de la Unión Europea" la Comisión Europea propuso la creación de una red de patrullas costeras permanente para las fronteras exteriores marítimas meridionales y creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴Organismo que aunque creado en 1995, fue soportado para su creación en el Tratado de la Unión Europea (TUE) en 1992.

⁴⁴⁵MATELART, Armand. *Un Mundo vigilado*. Op. cit, p. 2009, pp. 207-208.

⁴⁴⁶DE GIORGI, Alessandro. Op cit. 136.

⁴⁴⁷Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión.

⁴⁴⁸El planteamiento global de la migración fue adoptado por el Consejo Europeo en diciembre de 2005 en respuesta a la evolución del área de la migración y, en especial, de la aparición de nuevas presiones migratorias. Cfr. Consejo de la Unión Europea. Comunicado de Prensa, Sesión, nº 2768 del Consejo. Justicia y Asuntos de Interior Bruselas, 4 y 5 de diciembre de 2006, p. 18.

Si se entiende la función de toda frontera desde “–la membrana de la célula viva hasta la biosfera, de Vernadski, la semiosfera– se reduce a limitar la penetración de lo exterior, a filtrarlo y elaborarlo para su posterior adaptación”.⁴⁴⁹ Por ello no es extraño que se crearan fortalezas para imposibilitar dicha penetración, separando lo propio del mundo exterior, fundamental para garantizar la “supervivencia”.

Así se implementó la Red de Patrullas Europeas (REP) con el equipo de intervención rápida en las fronteras (RABIT), en caso de llegada masiva de inmigrantes.⁴⁵⁰ Sin mencionar las llamadas Fronteras Inteligentes, que giran entorno a dos elementos principales: el Sistema de Entradas/Salidas (EES) para registrar como su nombre lo indica, los datos de entrada y salida de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea y el Programa de Viajeros Registrados (RTP), que serviría para comprobar con anterioridad, el viaje, el cumplimiento de las condiciones de entrada por parte de nacionales de terceros países que vayan a viajar frecuentemente a Schengen.⁴⁵¹

Pero más recientemente, el 10 de octubre de 2013, el Parlamento Europeo aprobó por mayoría un nuevo sistema de vigilancia de las fronteras exteriores de la UE, *Eurosur*. Un sistema que intenta agilizar el intercambio de información entre los países, para entre otras cosas, reaccionar con más rapidez. Por ello dentro de sus objetivos se enmarca: reducir el número de inmigrantes ilegales que consiguen entrar en el territorio de la UE sin ser detectados; fortalecer la seguridad interna en toda la UE, mientras que ayuda a prevenir la delincuencia transfronteriza como el terrorismo, la trata de personas, narcotráfico, tráfico de armas, etc. También pretende fortalecer la capacidad de búsqueda y rescate.

⁴⁴⁹ LOTMAN, Yuri. Op. Cit. p. IV.

⁴⁵⁰ MATELART, Armand. Op. cit, p. 211.

⁴⁵¹ Cfr. Fronteras Inteligentes. Sistema de Entrada/Salida y Programa de Viajeros Registrados. [En línea]. Visto en: <<http://representacionpermanente.eu/wp-content/uploads/2013/10/AA-II-13.-JAI-AAII-Smart-Borders-EES-y-RTP.pdf>>. [Fecha de consulta, octubre de 2013].

En la implementación de dicho sistema se trabajará de manera conjunta con Frontex, para combatir la inmigración irregular mediante la detección de embarcaciones, pues un gran número de inmigrantes ilegales y personas que necesitan protección internacional están viajando en condiciones de extrema dureza y arriesgan sus vidas tratando de entrar en la UE ilegalmente ocultos en vehículos, barcos de carga, etc. La normativa establece que en todo momento deberán "respetar los derechos humanos", incluido el principio de "no devolución" que prohíbe el retorno de una persona a un lugar donde su vida o sus libertades puedan verse amenazadas.⁴⁵²

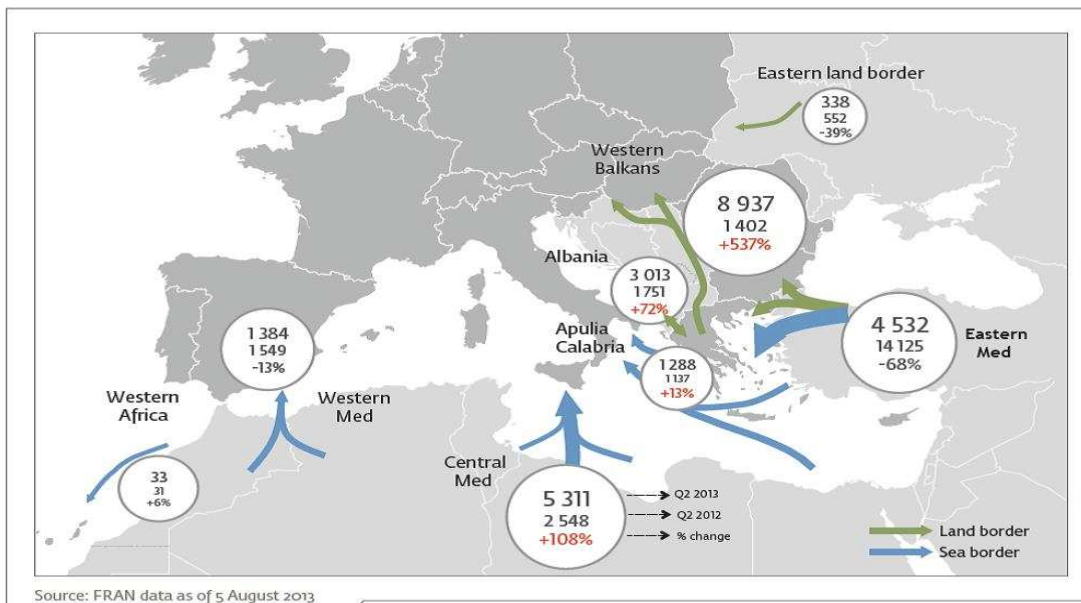


ILUSTRACIÓN No 5. Mapa Frontex.⁴⁵³

⁴⁵²Cfr. "UE adopta el reglamento del nuevo sistema de vigilancia de fronteras Eurosur". [En línea]. En: <http://www.eldiario.es/politica/UE-reglamento-vigilancia-fronterasEurosur_0_188631708.html>. Publicado el 22 de octubre de 2013.

⁴⁵³Mapa comparativo de la situación del año 2012 en relación a las detecciones por entradas irregulares en las fronteras exteriores de la UE en el segundo trimestre de 2013. La mayoría de los inmigrantes ilegales detectados por paso fronterizo en la ruta del Mediterráneo Central desde Eritrea fueron (1824) y Somalia (1141), que representan en conjunto el 56% de todas las detecciones de esta ruta en Q2 2013. Africanos del Oeste (1088) representaron otro gran grupo de inmigrantes, en su mayoría procedentes de Gambia y Malí. Durante las entrevistas de los migrantes realizadas en el marco del programa Hermes, eritreos y somalíes, [según la fuente], dejaron indicado que tenían una preocupación más que económica, pues tenían que salir de su país por razones de seguridad. (Traducción no Oficial). "In Q2 2013, compared to the situation a year ago, detections of illegal border-crossing increased in the Western Balkans, in the Central

En su funcionamiento se estima que la Unión Europea (UE) destinará cerca de “3.520 millones para cumplir la misión de reforzar las fronteras entre 2014 y 2020. Todo lo cual es el resultado de un plan global en la lucha contra la inmigración “ilegal”, que ya venía siendo debatido desde años atrás por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en Bruselas, en febrero de 2002”.⁴⁵⁴ Motivo que llevo en su momento a la creación del procedimiento de seguridad llamado PROSECUR,⁴⁵⁵ basado en la vinculación e intercambio de datos e información entre autoridades involucradas con la seguridad de las fronteras exteriores.

Pero con el reciente sistema aprobado, *Eurosur*, los países podrán compartir datos en tiempo real (imágenes de satélite, previsiones meteorológicas o indicación de posición de los barcos) sobre las fronteras exteriores de la UE y actuar con rapidez para salvar las vidas de las personas que ingresen de forma irregular en la Unión, especialmente a través del Mediterráneo.⁴⁵⁶

Independientemente de su éxito o fracaso, las políticas desarrolladas para combatir la llamada inmigración “ilegal”, los medios económicos, administrativos y policiales destinados al control de fronteras y al rechazo de los inmigrantes “ilegales”, son considerablemente superiores a los esfuerzos destinados al otro supuesto objetivo de las políticas de inmigración: la integración. Para corroborarlo se puede comparar las inversiones que se dedican al “Servicio Integrado de Vigilancia Exterior”, tanto inversiones en tecnología e infraestructura para el control de fronteras, como gastos de personal que supone su sostenimiento, con

Mediterranean (including Calabria) and at the land border between Greece and Albania”. [En línea]. FRAN Quarterly, 2Q. 2013, p. 18 y 20. FRONTEX. Al respecto consúltese: <http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Fran_Q2_2013.pdf>.

⁴⁵⁴ MARTÍN POLOMO, María Teresa. Et al. *Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*. Martín Polomo, María Jesús Mirando, Cristina Vega, (eds.). Madrid: Instituto de Investigaciones Feminista, Universidad Carlos III de Madrid, 2005, p. 124.

⁴⁵⁵ *Ibid*, p. 125.

⁴⁵⁶ “UE adopta el reglamento del nuevo sistema de vigilancia de fronteras, Eurosur”. [En línea]. En: <http://www.eldiario.es/politica/UE-reglamento-vigilancia-fronteras-Eurosur_0_188631708.html>. Publicado el 22 de octubre de 2013.

la infradotación de las políticas de integración de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos.⁴⁵⁷

Es más, si se echa un vistazo a la Fortaleza Europa, se encuentra que la UE ya ha gastado cientos de millones de euros para reforzar la llamada 'Cortina Electrónica' a lo largo de sus fronteras orientales extendidas y puso a punto el Sistema de Vigilancia de los Estrechos que se supone debe mantener al África de su lado del estrecho de Gibraltar.⁴⁵⁸ □ □

No genera duda entonces, que en toda la UE se ha impuesto la idea que la “inmigración constituye una amenaza. Amplias capas de su población coinciden en ver en el extranjero, el origen de todas sus dificultades mostrándose cada vez más sensibles a las tesis raciales y xenófobas”.⁴⁵⁹ Pero este trabajo no puede hacerse sólo, los gendarmes que realizan el trabajo sucio de Europa, dicen ser “los países limítrofes (Libia, Argelia, Túnez, Marruecos, Mauritania...), a los que la UE, premio Nobel de la Paz, "subcontrata" para detener el tránsito de los migrantes a cualquier precio, sin importarle si violan sus derechos, se les tortura o se les detiene ilegalmente”.⁴⁶⁰

Y que decir del Reino Unido, que amenaza con abandonar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, –sí en el peor de los casos hiciese falta, dijo la

⁴⁵⁷ZAMORA, José Antonio. “Ciudadanía e Inmigración: Las Fronteras de la democracia”. Andrés Pedreño Cánovas, Manuel Hernández Pedreño (Coords). En *la condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Colección Aula de Debate, Universidad de Murcia, 2005, p. 150.

⁴⁵⁸Al contrario de la Gran Muralla china, la nueva pared es sólo parcialmente visible desde el espacio. Aunque incluye baluartes tradicionales (la frontera mexicana de los Estados Unidos) y campos minados rodeados de alambres de púas (entre Grecia y Turquía), buena parte de los controles de inmigración globalizados de hoy tienen lugar por mar o por aire. Es más, las fronteras son ahora tanto digitales como geográficas. Vid. MIKE, Davis. “La Gran Muralla del capital. *Socialist Review*”, Rebelión, 2004. [En línea]. Visto en: <<http://www.lospobresdelatierra.org/alcarajo/davis210304.html#top>>. [Consultado 22 de agosto de 2013].

⁴⁵⁹Cfr. SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón. Op. Cit, p, 315.

⁴⁶⁰Es inconcebible que esta Europa-Fortaleza continúe con su guerra contra los migrantes utilizando como armas, entre otras, a FRONTEX (Agencia Europea de Fronteras) y EUROSUR (Sistema Coordinado de Vigilancia), que tienen 3.520 millones de euros de presupuesto asignado para el periodo entre 2014 y 2010. Cfr. GARCÍA, Natalia y LARA, Rafael. “Con Lampedusa de fondo, Marruecos reprime la solidaridad”. *El diario.es. op. cit.*

Ministra del Interior, Theresa May, en duro mensaje contra la inmigración–, excusada en la retórica de necesarias políticas de seguridad. Empero, el verdadero objetivo de esas medidas no son un reducidísimo número de sospechosos de terrorismo, sino miles de inmigrantes ilegales o demandantes de asilo que:

intentan quedarse en Reino Unido y que consiguen a menudo evitar su deportación o retrasarla durante años, amparándose en las leyes británicas, o en la interpretación que los jueces británicos o el Tribunal de Estrasburgo hacen, de las leyes que protegen los derechos humanos.⁴⁶¹

No hay duda entonces que la solución política de la postmodernidad respecto a la inmigración “ilegal”, “ha sido y continúa siendo la exclusión, una elaborada y nada sofisticada política represiva caracterizada por el retorno del juicio de peligrosidad. En lo que prima no es el comportamiento sino la pertenencia a un colectivo”.⁴⁶² Boom propagandístico que populariza la fobia al inmigrante, *homo sacer* de la modernidad, “que debe ser tratado como problema de seguridad nacional, que puede incluso alterar el equilibrio emergente”.⁴⁶³ Es la última moda del momento, y como toda moda, con sus constantes epítetos “caprichosa”, “voluble”, “extraña”, que subrayan la ausencia de motivación, la aparente arbitrariedad de su movimiento, resulta una especie de metrónomo del desarrollo cultural.⁴⁶⁴

En dicha moda la multitud reacciona rechazando, excluyendo y matando en vida al “Otro”, “extraño”; situación mezclada de efervescencia, a propósito de las “*foules* DE GUSTAVE LE BON, las masas en estado de “descarga”, con su “rabia destructora”, su “desintegración” y su pánico, que analiza y PSICOANALIZA ELÍAS

⁴⁶¹La jefa del Home Office anuncia que los 'tories' incluirán en su programa de las generales de 2015, la promesa de eliminar la ley británica de Derechos Humanos. Cfr. OPPENHEIMER, Walter. “Los ‘tories’ endurecen su mensaje antiinmigración de cara a las elecciones”. [En línea]. <http://internacional.elpais.com/internacional/2013/09/30/actualidad/1380562574_838207.html>. [Visto el 9 de octubre de 2013].

⁴⁶² PORTILLA CONTRERA, Guillermo. Op. cit. 106.

⁴⁶³ Ibid. 106.

⁴⁶⁴ LOTMAN, Yuri. Op. cit. p. 113.

CANETTI, el “fenómeno de las multitudes en estado frenético y violento”, que enumera Recasens Siches, esa multitud que –explica KARL MANNHEIM– «puede definirse como una agregación física, compacta, de seres humanos llevados a un contenido directo, temporal e inorganizado, que en su mayoría reacciona ante los mismos estímulos y de una manera semejante»... Siempre «transitoria e inestable», como un accidente, una erupción”.⁴⁶⁵

Esa misma sociedad en masa es la que incita el mensaje obligatorio a seguir, se oficializan los estándares y la sumisión ciega cae en los súbditos, cuando realmente ese puño de palabras que llega a la mayoría como la voz de un mensaje oficial, es como dice PIERRE BOURDIEU,⁴⁶⁶ el engaño “envuelto en las palabras de un ventrílocuo que habla en nombre del Estado: toma una postura oficial –habría que describir la puesta en escena de lo oficial–, habla a favor y en nombre del grupo al que se dirige, habla por y en nombre de todos, habla en tanto representante de lo universal”. Operar de esta manera, dejando que el discurso se deslice sobre el confortable cauce de las palabras *marcadas*, puede dar lugar a importantes confusiones, cuando no flagrantes contradicciones.⁴⁶⁷

Paralelismo elaborado con la misma sintonía cuando JAIME SCOTT⁴⁶⁸ expresa que, cada grupo subordinado produce, a partir de su sufrimiento, un discurso oculto que representa una crítica del poder a espaldas del dominador. El poderoso, por su lado, también elabora un discurso oculto donde se articulan las prácticas y las exigencias de su poder que no se pueden expresar abiertamente. Comparando el discurso oculto de los débiles con el de los poderosos, y ambos con el discurso público de las relaciones de poder, accedemos a una manera fundamentalmente distinta de entender la resistencia ante el poder.

⁴⁶⁵Cfr. DE GOYTISOLO, Juan Vallet. *Sociedad de masas y derecho*. Op. Cit, pp. 18-19.

⁴⁶⁶Cfr. BOURDIEU, Pierre. Cómo se forma la “opinión pública”. *En sociología y cultura*. [En línea]. <<http://sociologiaycultura.wordpress.com/2012/02/04/dos-nuevos-textos-ineditos-de-pierre-bourdieu/>>. [Consultado, febrero 4, 2012].

⁴⁶⁷CRUZ, Manuel. “La Tolerancia o las mil caras de la democracia”. En *Tolerancia o Barbarie*. Occidente ante el reto de la convivencia, Barcelona: Guedisa, 1998, p. 83.

⁴⁶⁸SCOTT, James C. *Los dominados y el arte de la resistencia*. Discursos ocultos. México. DF: Era ed, 2000, p. 21.

La resistencia ante el poder, es un primer punto de partida para visibilizar, desestabilizar y *a posteriori*, transformar. Desmitificando a su vez, las ideas superpuestas –que han hecho de los flujos migratorios toda una odisea– para incentivar propuestas reales de cohesión y justicia social. Uno de los principales obstáculos para comenzar a pensar de un modo completamente diferente sobre las políticas inmigratorias, es la extendida convicción de que cualquier otra aproximación que no sea del control de las fronteras conducirá a invasiones masivas desde el Tercer Mundo.⁴⁶⁹ Des-pensar estas ideas superpuestas es una condición esencial para repensar una política sólida que desdibuje la tacha despreciable que pesa sobre estos colectivos estigmatizados.

Desmitificar estas posturas instrumentalistas, es una reacción de combate ante las trampas y ambigüedades dadas por el discurso, ante un mensaje que llega directo vendido como un discurso oficial; sólo habría que observar el llamado del británico TONY BLAIR,⁴⁷⁰ que le pidió recientemente a sus colegas de la UE que extendieran las defensas fronterizas de la blanca Europa al corazón del Tercer Mundo. “Propuso 'zonas de protección' en áreas de conflicto clave de África y Asia donde potenciales refugiados pueden llegar a estar concentrados con un cuadro de escualidez mortal durante años. Su modelo es Australia, donde el primer ministro derechista John Howard les ha declarado la guerra abierta a los miserables refugiados kurdos, afganos y timorenses”.⁴⁷¹

En igual sentido se pronunció un antiguo Primer Ministro francés, –a propósito del denominado Informe de Bonnemaïsson,⁴⁷² frente a la delincuencia,

⁴⁶⁹SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización*. Op. Cit, p. 39.

⁴⁷⁰ Mike Davis. “La Gran Muralla del capital”. Op. Cit, [en línea]. <<http://www.lospobresdelatierra.org/alcarajo/davis210304.html#top>>. [Consultado 22 de agosto de 2013].

⁴⁷¹Ibídem

⁴⁷²Básicamente, las recomendaciones de este nuevo informe se basaban en explicaciones sobre la violencia que ya reflejaban el discurso sobre otro generador de criminalidad, que, no obstante, era víctima de los efectos de la exclusión social, de la crisis en el Estado del bienestar y, por tanto, de la desatención del Estado. En el mismo sentido, los resultados del informe ponían de manifiesto la cuestión sobre el efecto de estas variables en la construcción de sujetos alienados, víctimas, sin duda, de una sociedad que transformaba sus consensos cognitivos y de acción política en torno a las conquistas republicanas basadas en la igualdad, y consecuentemente en torno al cómo y al

prevención, represión, solidaridad– para alegar que «Francia no podía acoger toda la miseria del mundo». –Esta misma frase puede ser repetida cambiando el nombre del país–, por todos sus colegas europeos con independencia de sus orientaciones políticas.⁴⁷³

Indudablemente este tipo de política inmigratoria se centra en el temor a ser invadidos por personas de países menos desarrollados y, por consiguiente, al control de fronteras como la única respuesta⁴⁷⁴. Estas medidas cada vez son más focalizadas, pues el mensaje se hace presente no sólo para los africanos, musulmanes, pobres delincuentes, y negros, –que en el pasado eran sujetos sin alma y ahora son los de color– *No basta localizarlos geográficamente es necesario darles un color, un alma, una identidad reconocible.*⁴⁷⁵

El mensaje llega también para los del Sur,⁴⁷⁶ –el Tercer Mundo–⁴⁷⁷ sinónimo de “urbanización cancerosa, salvaje, en la que han desaparecido las normas y reinan la inseguridad y la agresión”. Es más, no faltó quien maliciosamente definió a América como una tierra que pasó de la barbarie a la

para quién de los derechos. El contexto era, pues, el del tránsito de la ciudad industrial a la postindustrial y, con ello, de la pérdida del sujeto del bienestar (el obrero); también era el contexto de la pérdida de la hegemonía francesa en el mundo, es decir, de la decadencia de su discurso imperial y de su transformación al nacionalismo; y es el contexto, por supuesto, como ya hemos mencionado, de los efectos de la recepción de nuevos habitantes; los excolonos de nacionalidad francesa, los ex combatientes en el bando francés en la guerra de Argelia, los inmigrantes turcos y de otras nacionalidades. Cfr. SUBIRATS, Joan. Et, al. *¿Políticas del Castigo? Análisis Comparativo del discurso de política penitenciaria en: Dinamarca, Francia, Inglaterra y Gales, y Canadá.* Generalitat de Catalunya: Departamento de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2009, p. 75.

⁴⁷³Mitterrand en un discurso pronunciado en Francia el 22 de noviembre de 1989, afirmaba que en los años setenta se alcanzó el límite de la tolerancia en materia de inmigración. Cfr. SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. Op. Cit, p, 315.

⁴⁷⁴SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización.* Op. Cit, p. 39.

⁴⁷⁵Ibid, p. 80.

⁴⁷⁶El Sur es como Otro revés, bola ardiente, en la que se queman todas las manos «civilizadas». No es paradójico que, en el imaginario antiguo, la figura del Otro radical también invocara un espacio, en este caso el del Este. Porque el imaginario, por muy fantasmagórico que sea, necesita un territorio –un hogar – para delimitar en él una presencia. Tampoco es paradójico que el nuevo imaginario formule su topografía del Otro radical, que por lo demás es claramente visible puesto que arraiga en una obsesión denominada Tercer Mundo. Cfr. NAÏR, Sami. Op. cit, p. 80.

⁴⁷⁷El Tercer Mundo se ha convertido en una pesada carga, la carga del hombre blanco, como decía Kipling. En el imaginario colectivo, el Tercer Mundo no representa la ayuda, sino la deuda. No es la pobreza que despierta la solidaridad, sino la pobreza que se resume en la miseria y desemboca en la rebelión y la violencia. Ibid., p. 80.

decadencia sin haber conocido la civilización,⁴⁷⁸ por ello siempre se intentó agrupar a los salvajes para iniciarlos en las virtudes de la civilización.⁴⁷⁹

2.1.3.1. La inmigración como fenómeno que atenta contra la seguridad ciudadana

Para los “ciudadanos de primera”, los y las inmigrante en esta sociedad de masas son un problema, ahora ligado también al color, a la negrura, a la muchedumbre que viene de la periferia; como un virus, un síntoma de malestar, de miedo, de inseguridad en el espacio. Carga xenofóbica que, como se reitera, impulsa a tratar a los “Otros” como no-personas.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de reconstrucción económica de Europa y el impulso del sistema de producción fordista acrecentó la posibilidad de trabajadores extranjeros. Durante el decenio de los años cincuenta y sesenta en los países del centro y norte de Europa, la inmigración fue estimulada activamente. El desarrollo económico estaba explícitamente vinculado a la demanda de inmigrantes. Pero a principios de los años setenta, la crisis del petróleo, el desarrollo tecnológico, la deslocalización industrial y los cambios en la formas de organización del trabajo asalariado, eliminaron muchos puestos de trabajo. Las condiciones de trabajo se deterioraron y el empleo de larga duración se transformó en un elemento estructural de las sociedades europeas. La política de reclutamiento se detuvo y se cerraron las fronteras europeas. La inmigración se convirtió en un problema: “comenzaron a aparecer los debates sobre los ‘límites de la tolerancia’ (principalmente en Francia), o hasta qué punto un país puede tolerar la llegada de inmigrantes sin que suponga la disminución de la calidad de vida de sus ciudadanos, de sus libertades e igualdades, sus culturas.”⁴⁸⁰

Se popularizó, en tal sentido, la visión de la inmigración como fenómeno “ilegal” y masivo, que atenta contra la seguridad ciudadana y contra la identidad nacional; se lanza la imagen de países en proceso de invasión y convierten la patera (ilegal, clandestina, nocturna, paupérrima, organizada por mafias, venida

⁴⁷⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes tópicos*. Prólogo de Manuel Delgado Ruiz, Barcelona: Paidós, 1988, p. 97.

⁴⁷⁹ *Ibid*, p. 100.

⁴⁸⁰ GIL ARAUJO, Sandra. “Las migraciones en las políticas de fortaleza. Sobre las múltiples fronteras de la Europa comunitaria”. DÍAZ-POLANCO, Héctor (Dir). En *Memoria*. Fronteras de la migración. *Revista de política y cultura*, nº. 168. Centro de Estudios del Movimiento Obrero y Socialista, A.C., 2003, p. 12.

del Magreb...) en el símbolo paradigmático de una avalancha masiva.⁴⁸¹ Vinculan con su llegada todos los males del país: pérdida del bienestar social, inseguridad, delincuencia, desempleo; plantean la dicotomía entre un pueblo que no los quiere y unos políticos, o unos capitalistas, según los casos, que los utilizan en su beneficio. Y,

por supuesto, se realiza una conexión directa entre inmigración e islamismo y entre islamismo y terrorismo (sólo en uno de los carteles se ataca a los latinos), relación que se acentúa con mayor fuerza tras el 11-S neoyorkino y, especialmente, tras los recientes atentados de Madrid: “todos son sospechosos, todos son Bin Laden”, se llega a decir. A partir de ahí, se incita a defender la libertad, la cultura, la Nación; a exigir el cierre de fronteras o la expulsión, especialmente “de todos los moros”. Evidentemente, el rechazo a la inmigración es para estos grupos el aglutinante, el banderín de enganche político.⁴⁸²

Cuando las muchedumbres en delirio tiraron abajo el muro de Berlín en 1989 muchos alucinaron que teníamos a mano un milenio de libertad sin fronteras. Se suponía que la globalización inauguraba una era de movilidad física y virtual-electrónica inaudita. Muy por el contrario, el capitalismo neoliberal ha construido la mayor barrera para la libertad de movimiento de la historia.⁴⁸³ Por tanto, no es menos cierto que, los comienzos de la fase industrial del capitalismo, “fueron también pródigos en sufrimientos para importantes grupos de sociedad. Estos desembocaron en el proletariado, desarraigado y desasistido”.⁴⁸⁴

La inmigración en sus diferentes manifestaciones, se proyecta como un fenómeno mundial, pues aún las sociedades que “mejor resistieron el auge de la marginalidad avanzada, como los países escandinavos, se ven tocadas por este fenómeno de estigmatización territorial ligado a la aparición de zonas reservadas a

⁴⁸¹VALERO ESCANDELL, José. “Miedo a los inmigrantes”. En *La ciudad y el miedo, Coloquio de Geografía Urbana*. Asociación de Geógrafos Españoles y la Càtedra de Geografia i Pensament Territorial de la Universitat de Girona. Girona: Universitat de Girona, (ed.), 2005, p. 116.

⁴⁸²VALERO ESCANDELL, José. “Miedo a los inmigrantes”. En *La ciudad y el miedo, Coloquio de Geografía Urbana*. Asociación de Geógrafos Españoles y la Càtedra de Geografia i Pensament Territorial de la Universitat de Girona. Girona: Universitat de Girona, (ed.), 2005, p. 116.

⁴⁸³ MIKE Davis. “La Gran Muralla del capital”. [En línea]. Op. Cit, <<http://www.lospobresdelatierra.org/alcarajo/davis210304.html#top>>.

⁴⁸⁴ DE GOYTISOLO, Juan Vallet. Op. cit, p. 43.

los parias urbanos”.⁴⁸⁵ El drama es siempre el mismo, mujeres muchas veces embarazadas, niños, niñas y jóvenes de todas las edades, pensando que emigrar de su lugar de origen será siempre mejor que resignarse a morir en él. Es como si se tratara de una competencia entre ciudadanos de tercera categoría (*underclass*), queriendo dejar atrás la miseria, para llegar así, a la bien aceptada y respetada “primera clase”.

La cuestión es que la configuración de los movimientos migratorios internacionales se puede explicar en términos de factores de atracción y de expulsión. En el último caso, destacada el hecho de vivir en la pobreza y en desempleo; y en el primero, la posibilidad de obtener un empleo y una mejor remuneración⁴⁸⁶. Por ello, con este contexto, el trabajo informal, el trabajo ilegal y la emigración se presentan como formas cada vez más importantes para garantizar la subsistencia.⁴⁸⁷

No obstante, lejos de llegar al efecto que causa la atracción para dignificar la existencia, la labor cotidiana del complejo de servicios predominante, dominado por las finanzas, demuestra que una gran proporción de los puestos de trabajo que lo componen es de tipo manual y poco remunerado, muchos de ellos ocupados por mujeres e inmigrantes.⁴⁸⁸

En este entendido, el axioma de LEVIS STRAUS es verídico, “la distancia entre el exceso de lujo y el exceso de miseria hace trizas la dimensión humana. Sólo queda una sociedad donde aquellos que no son capaces de riada sobreviven esperándolo (...) y aquellos que lo exigen todo no ofrecen nada”.⁴⁸⁹ El resultado es que la desigualdad avanza a pasos agigantados, a la par que los pobres se

⁴⁸⁵WACQUANT, Loïc. “La estigmatización territorial en la edad de la marginalidad avanzada”. Op. Cit, p. 194.

⁴⁸⁶SASSEN, Saskia. *Una sociología de la globalización*. Op. Cit, p. 167.

⁴⁸⁷*Idem*. *Contrageografías de la globalización*. Op. Cit, p., p. 17.

⁴⁸⁸Lo que no se ha reconocido es la posibilidad de que se esté constituyendo un mercado laboral internacionalizado para los trabajadores manuales y de servicios con salarios bajos o de que exista un ámbito de negocios internacionalizado en muchas comunidades inmigrantes. Se sigue aplicando a esos procesos la denominación de inmigración, propia de una narración de un período histórico anterior. Cfr. SASSEN, Saskia. *La ciudad global*. Op. Cit, p. 38.

⁴⁸⁹LÉVI-STRAUSS, Claude. Op. Cit, p.140.

vuelven más pobres y los poderosos más inmortales nadando en la riqueza pero a costa de los que mueren en la miseria.

Con lo cual, la conclusión no podría ser otra: la mundialización rompe todas las fronteras, somete a todas las sociedades, transforma a los Estados en guardaespaldas del capitalismo financiero, abre de par en par las arterias de circulación a las mercancías, a los capitales, a la comunicación, y a las personas que tuvieron la suerte de nacer en el lugar adecuado...”.⁴⁹⁰ En tales condiciones no sorprende que las relaciones humanas inconmensurables con aquellas que nos gusta pensar (demasiado a menudo ilusoriamente), como definitorias de la civilización occidental, nos aparezcan alternativamente inhumanas y subhumanas.⁴⁹¹

2.1.3.2. Muriendo en vida en una cárcel sin barrotes

La inmigración es uno de los procesos principales mediante los cuales se están constituyendo una nueva política económica transnacional y nuevas estrategias domésticas translocales. Por ello es uno de los procesos constitutivos de la globalización aunque no está reconocido como tal, en los registros generales de la literatura dominante sobre la economía global.⁴⁹² No sobra advertir que, los circuitos transfronterizos en los que se mueve la inmigración, afectan de manera especial a la mujer, funcionan de manera rentable y generan beneficios a costa de quienes están en condiciones desventajosas;⁴⁹³ personas que por habitar en la miseria son consideradas con bajo valor social.

La miseria, dice de GAULEJAC, “engendra exclusión porque causa repulsión. Es un mal y el portador del mal es asimilado al mal mismo”. La actuación gubernamental, va encaminada por tanto, a combatir a ese mal, no al contrario, al

⁴⁹⁰ NAÏR, Sami. *La Europa mestiza*. Op. Cit, p. 430.

⁴⁹¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. Op. Cit, p.140.

⁴⁹² Cfr. SASSEN, Saskia. *Una sociología de la globalización*. Op.Cit, p. 136. *Idem*. *El espectro de la globalización*. Op. Cit, p. 17. *Idem*. “La ciudad global, Op. Cit, p. 60.

⁴⁹³ SASSEN, Saskia. *Contra geografías de la globalización*. Op. cit, p. 41.

socorro de seres humanos. El *Naufragio de Rota* ocurrido hace 10 años en las costas de Cádiz (España), con 37 inmigrantes ahogados lo reafirma:

La sentencia por estas muertes resolvió que hubo un culpable, un marroquí de 25 años acusado de dirigir la patera, condenado a 40 años de cárcel, pero también más posibles responsables no identificados. El ahora presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Lorenzo del Río, escribió en aquel fallo judicial que no pudo entrar a juzgar “materias colaterales aunque no insignificantes” sobre las responsabilidades públicas o privadas de no atender la llamada de socorro. En vez de buscar soluciones, se incentivó la represión. Después vinieron los saltos multitudinarios a las vallas de Ceuta y Melilla, los desvíos a Canarias, el cierre total del Estrecho, y luego los viajes desviados hacia Italia.⁴⁹⁴

Incentivar la represión suele ser el *modus operandis* de la modernidad en aquellos países donde ser inmigrante es sinónimo de repulsión. Es aquí donde los derechos humanos desaparecen, en tanto se corre el peligro de ser invadido como si se tratase de plagas que depredan. Por eso no sólo hay que vigilar y reprimir, sino también castigar, esperando al acecho. SARAMAGO premio nobel de literatura (1998), lo advertía:

Algunos de esos hombres, algunas de esas mujeres no perdieron ni quisieron perder la memoria del tiempo en que padecieron todos los vejámenes del trabajo mal pagado y todas las amarguras del aislamiento social. Gracias sinceras les sean dadas por haber sido capaces de preservar el respeto que debían a su pasado. Otros muchos, la mayoría, cortaron los puentes que los unían a aquellas horas sombrías, se avergonzaron de haber sido ignorantes, pobres, a veces miserables, se comportaron como si la vida decente, para ellos, sólo hubiera comenzado verdaderamente y por fin el día felicísimo en que pudieron comprar su propio automóvil.

⁴⁹⁴Durante los días siguientes al naufragio, los cadáveres fueron arrojados por el mar a las playas. La contundencia de las imágenes removió muchas conciencias. “Nunca ese drama había sido exhibido con tanta crudeza” (...). Hubo una ampliación provisional en los medios de salvamento, se hicieron esfuerzos reales en identificar a las víctimas y hubo intentos de controlar mejor esos flujos migratorios. “El Gobierno entendió que lo que había que hacer era cerrar la ruta del Estrecho. Amplió los radares del Servicio Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), se fijaron acciones de Exteriores en algunos países donde salían muchos inmigrantes” (...). Cfr. ESPINOSA, Pedro. “Los naufragos de Rota”. [En Línea]. Disponible en: <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/10/18/andalucia/1382113888_669756.htm>. [Consultado 20 de octubre de 2013].

Esos son los que estarán siempre dispuestos a tratar con idéntica crueldad e idéntico desprecio a los emigrantes que atraviesan ese otro Bidasoa más largo y más hondo que es el Estrecho de Gibraltar, donde los ahogados abundan y sirven de pasto a los peces, si la marea y el viento no prefirieron empujarlos a la playa, hasta que la guardia civil aparezca y se los lleve. A los supervivientes de los nuevos naufragios, a los que pusieron pie en tierra y no fueron expulsados, les espera el eterno calvario de la explotación, de la intolerancia, del racismo, del odio a la piel, de la sospecha, del envilecimiento moral.⁴⁹⁵

Así pues, la sociedad responde con el rechazo lejos de buscar la humanización para ver y entender los derechos humanos desde abajo. “Lo que de antemano se está dispuesto a consentir ya no tiene por qué sorprender y fascinar”.⁴⁹⁶ El fruto termina siendo una educación de tolerancia por ignorancia. Es un tipo de discurso que aparece completamente natural, normal, lleno de sentido común, representando una suerte de hegemonía [cultural], que se basa en ideologías y aptitudes aparentemente legítimas y a menudo son aceptadas tácitamente por la mayor parte de los miembros del grupo dominante;⁴⁹⁷ por la masa que automáticamente ingiere y digiere sin cuestionar.

De esta forma, con el desarrollo de creencias generalizadas, aparecen factores precipitantes que crean una sensación de urgencia y aceleran la movilización para la acción,⁴⁹⁸ estandarizando comportamientos, que de hecho, producen un efecto revote, ocasionando “ignorancia de lo tolerable, porque se desdeña por principio alcanzar ese plano de la universalidad que fijaría el marco y los límites de lo que hay que consentir; y una ignorancia de lo de hecho tolerado, en la medida en que se desconocen sus fundamentos y sus consecuencias en todo orden. «Aquel que desprecia cuanto ignora», como decía el poeta hoy más bien tolera lo mucha que ignora e ignora cuanto tolera.”⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ SARAMAGO, José. “Acerca de la inmigración en el estrecho de Gibraltar”. Visto en: <<http://amediavoz.com/ventanas.htm>>. [Fecha de consulta, septiembre 30 de 2013].

⁴⁹⁶ ARTETA, Aurelio. “La tolerancia como barbarie”. Manuel Cruz, (Coord). En *Tolerancia o barbarie: Occidente ante el reto de la convivencia*. Barcelona: GEDISA, 1998, p.73.

⁴⁹⁷ VAN DIJK, Teun. “Nuevo racismo y noticias. Un enfoque discursivo”. En *Inmigración, género y espacios urbanos*. Los tres retos de la diversidad. Barcelona: Bellaterra, 2005, p. 35.

⁴⁹⁸ TEJERINA, Benjamín. *La sociedad Imaginada*. Movimientos sociales y cambio cultural en España. Trota, Madrid, 2010, p. 43.

⁴⁹⁹ ARTETA, Aurelio. Op. Cit. p.72.

Si se lee a BAUMANN,⁵⁰⁰ se puede observar no sólo con claridad sino con repulsión, que esa ignorancia de lo tolerable, es el chip automático que cosifica todo cuanto estorba como reacción social a la marginación, un orden programático que refleja el *contemptus mundi* (Desprecio del mundo), para suprimir al derivado del mal. La idea es deshacerse cuanto antes, y a cualquier precio, de quienes permanecen irregularmente⁵⁰¹ en territorio extranjero, sea cual sea.

Por tanto, si la “clase marginal” se asemeja al mal, la explicación de BAUMANN⁵⁰² no es errada, puede estar “en” la sociedad, pero claramente no es “de” la sociedad: no contribuye a nada de lo que la sociedad necesita para su supervivencia y su bienestar; de hecho, la sociedad estaría mejor sin ella.

Por antonomasia, el estatus de la “clase marginal”, tal como sugiere su denominación, es el de “emigrados internos” o “inmigrantes ilegales” o “forasteros infiltrados”: personas despojadas de los derechos que poseen los miembros reconocidos y reputados de la sociedad; en pocas palabras, esta clase es un cuerpo extraño que no se cuenta entre las partes “naturales” e “indispensables” del organismo social. Algo que no se diferencia mucho de un brote cancerígeno, cuyo tratamiento más sensato es la extirpación, o en su defecto, una confinación y/o remisión forzosas, inducidas y artificiales.⁵⁰³

Lo irónico de todo, es que la especie humana ha sido desde su origen una especie migratoria. En realidad, es la más migratoria de todas las especies vivientes, puesto que ha demostrado una extraordinaria capacidad para desplazarse y adaptarse a los ecosistemas más diversos. (...). Si no hubiéramos practicado esta capacidad migratoria desde nuestros más remotos orígenes, los humanos no habríamos evolucionado biológicamente hasta convertirnos en los homínidos más hábiles, sociables y poderosos de cuantos aparecieron en el

⁵⁰⁰BAUMANN, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Lilia Mosconi, (trad). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 81.

⁵⁰¹LAURENZO COPELLO, Patricia. En *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002, p. 13.

⁵⁰²BAUMANN, Zygmunt. Op. Cit, p. 11-12.

⁵⁰³Ibid, p. 11-12.

continente africano.⁵⁰⁴ Aún así, el sistema mundo hoy engendra, proyecta y aplica, sólidas políticas para cerrar a toda costa las fronteras; limitando eso que parece ser tan innato por aislar la supuesta “riqueza” de los enemigos en la periferia.

Muchos de los comentarios generales y de la formulación de políticas tienden a proceder, conscientemente o no, como si la mayoría de las personas de los países menos desarrollados quisieran ir a un país rico, como si todos los inmigrantes quisieran convertirse en residentes permanentes, como si el problema de la inmigración actual tuviera básicamente que ver con brechas o fallas en la observación, como si aumentar los controles fronterizos fuera un modo efectivo de regular la inmigración.⁵⁰⁵ Esta es la razón por la que el estado de alerta es permanente, se proclaman peligros que acechan a la vuelta de la próxima esquina.⁵⁰⁶

Melilla y Ceuta son un buen ejemplo de la urgencia protectora en las fronteras, para prevenir a España y al resto de Europa, no sólo de los inmigrantes subsaharianos sino de la periferia. Las cuchillas⁵⁰⁷ afiladas que bordean los alambres “sirga tridimensional”,⁵⁰⁸ –medida introducida por el Ministerio del Interior–, cuchillas cual salvajada humana para aniquilar y expulsar, “propia de

⁵⁰⁴CAMPILLO MESEGUER, Antonio. Op. Cit, p. 107.

⁵⁰⁵SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización*. Op. cit, p. 39.

⁵⁰⁶“Desde banlieus poblados de inmigrantes, desde calles miserables infestadas de marginales, desde “barrios peligrosos” incurablemente contaminados de violencia, desde zonas urbanas intransitables, desde las intenciones de pedófilos y otros depravados que andan sueltos, los mendigos insistentes, de las bandas de menores sedientos de sangre, de los merodeadores y los acosadores”. Ibid, p. 81.

⁵⁰⁷La reintroducción de cuchillas en el perímetro de Melilla representa una asombrosa vuelta a los orígenes de la oscura tradición fortificadora”, escribe en su blog Xavier Ferrer, experto en fronteras y profesor de geografía de la Universidad de Barcelona. Asegura el citado autor que: “asistimos a un palpitable maridaje de innovación y tradición (...)”. Cfr. CEMBRERO, Ignacio. “El Ministerio del Interior reintroduce las cuchillas en la verja de Melilla”. *El País*, Madrid, 31 de octubre de 2013. [En Línea]. <http://politica.elpais.com/politica/2013/10/31/actualidad/1383248597_158835.html>. Véase a su vez, FERRER, Xavier. “Cuchillas”. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ceutaldia.com/content/view/96957/63/>>.

⁵⁰⁸*Idem*. La sirga, conocida como la tercera valla, es un cable trenzado situado entre las dos vallas, cuyo objetivo es impedir el tránsito entre las mismas y, en consecuencia, el acceso irregular de inmigrantes a la ciudad. En su momento fue presentado como un sistema único en el mundo. Como una estupenda innovación en el floreciente mercado de la seguridad fronteriza. La reforma costó 30 millones de euros.

seres sin escrúpulos, sin empatía y sin ninguna clase de amor hacia el prójimo”;⁵⁰⁹ dan fe de que el mal aguarda y hay que vigilar.

Lo anterior demuestra que la lucha contra la inmigración “ilegal” se desarrolla singularmente en dos campos: con el incremento de vigilancia en las fronteras Sur de España, tanto con la acción policial Española, como recabando mayor cooperación de Marruecos, dado el carácter internacional de la inmigración ilegal a través del Estrecho de Gibraltar.⁵¹⁰ Así, “España colabora en la construcción de esta injusta realidad de muchas maneras, con las vallas cada vez más altas, cada vez más electrificadas, cada vez más peligrosas y cada vez con más agentes armados por ambos lados. Los derechos de los migrantes son pisoteados todos los días en estas fronteras mientras todo el mundo mira hacia otra parte”.⁵¹¹

La excusa será siempre el cierre fronterizo por seguridad; lo incomprensible es que a diario se violan masivamente los derechos humanos precisamente por la supuesta búsqueda de la seguridad.⁵¹² Quizás será, porque las razones para temer son numerosas; –quizá la más contundente–para asustarse: *uno nunca sabe dónde y cuándo se harán carne las palabras de advertencia*,⁵¹³ así, el cierre de fronteras deber ser siempre la regla general y no la excepción.

La advertencia esta hecha, y el mal acecha; la opción no es más, que morir en vida; pues las cuatro quintas partes de la humanidad están en una cárcel sin barrotes; tienen prohibido circular,⁵¹⁴ pues los “otros” deben permanecer en la otra orilla...

⁵⁰⁹Las concertinas o cuchillas fueron prohibidas tras los saltos que sufrió la alambrada y que causó numerosas víctimas a causa de sus afiladas puntas, pero ahora hemos descubierto que el fabricante de estas son la empresa malagueña European Security Fencing. Al respecto léase: RODRIGO, Sergio. “Concertina made in Málaga”. [En línea]. <<http://entrefronteras.com/concertina-made-in-malaga/>>. [Fecha de consulta, noviembre 27 de 2013].

⁵¹⁰CHECA, Francisco. *Africanos en la otra orilla. Trabajo, cultura e integración en la España Mediterránea*. Barcelona: Icaria. 1998, p. 23.

⁵¹¹GARCÍA, Natalia y LARA, Rafael. Op. Cit. <http://www.eldiario.es/andalucia/APDHA/Lampedusa-fondo-Marruecos-reprime-solidaridad_6_183441666.html>.

⁵¹²BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit, p. 81.

⁵¹³SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización*. Op. Cit, p. 81.

⁵¹⁴NAÏR, Sami. *La Europa mestiza*. Op. Cit, p. 430.

2.2. Lo penal, “lo divino”, lo glorificado, lo mejor inventado

Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso – allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima Respublica plurimae leges.⁵¹⁵

Una forma de castigar tenía que aparecer. ¿Para quién? O ¿Para quiénes? Primer intento; *ley del talión*, “ojo por ojo, diente por diente”. A eso se le llamaba justicia retributiva. El famoso Código de Hammurabi enseñó bajo la forma más primitiva cómo el crimen cometido tendría que reflejarse en el castigo a imponer al delincuente:

“Si en la casa de un hombre hay un incendio y algún hombre que había venido a apagarlo deseaba algún objeto y se quedaba con el objeto del dueño de la casa, ese hombre sería sentenciado y quemado en ese mismo fuego”. “Si un hombre dejaba tuerto a otro, lo dejarían tuerto”. “Si se le rompe un hueso a otro hombre, que se le rompa también un hueso”.

Aparentemente refleja una ley prehistórica, pero es el espejo más claro del modelo penal con otras variaciones y con aplicaciones “modernas” del castigo. Coyuntura que se puede ver reflejada de forma clara y contundente en el sistema penal actual en sus múltiples manifestaciones: *derecho penal del riesgo*,⁵¹⁶ *derecho penal de la seguridad*,⁵¹⁷ y el controvertido *derecho penal del enemigo*,⁵¹⁸

⁵¹⁵ VON BAR, Karl Ludwig. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. Berlín, 1882, p. 334. En cita de SILVA SANCHÉZ, Jesús. *La expansión del derecho penal*. Op. Cit, p. 17.

⁵¹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y derecho penal”. Op. Cit, p. 262; MOCCIA, Sergio. “Seguridad y derecho penal”. Op. Cit, 2006, p. 299-319; HERZOG, Feliz. “Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”. Luís Arroyo Zapatero y otros, (Coords.), *Perspectivas más allá del derecho penal*. En *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*. Cuenca: Colección estudios N 91. Ed., Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 249-248; DÍEZ RIPOLLES. José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Op. Cit, p. 129.

⁵¹⁷ Este derecho penal de seguridad, “no es más que otro mecanismo sutil para derruir y, en algunos casos, eliminar el papel de los derechos subjetivos de los seres humanos y elevar a rango

explosión normativa que se extiende en las poblaciones a la manera difusa de un gas en la atmósfera sin que haya medios para evitarlo.⁵¹⁹

Se ha llegado a este antídoto porque se glorifica la justicia penal, y por ende, se espera que lo resuelva todo. Asistiendo, en efecto, a una penalización en el tiempo,⁵²⁰ pues las medidas inmediatas de control predominantes siguen siendo aquellas que ven como respuesta un sistema que quiere desatar una lucha a través de la punición por el discurso institucionalizado, dogmatizado, teorizado y legitimado, que olvida las arbitrariedades cometidas en el pasado bajo el mismo discurso.

Lo anterior es lo que explica la popular campaña para crear normativas opresivas, tras la alerta de un ambiente de peligrosidad extrema declarado para atacar a quienes llevan la etiqueta de “enemigos de la sociedad,⁵²¹ los “Otros”. Al respecto, WACQUANT⁵²² afirma que, en los Estados se desarrollan una serie de estrategias represivas a partir de la construcción *ad hoc* de representaciones falseadas de la inseguridad pública, enfocándose por ello, en “atacar las incivildades –es decir, las premisas individuales del desorden que rompen con la moral–, aumentar el número de leyes y reglamentos, estigmatizar categorías de la población, consolidar la vigilancia y acción policiaca, castigar con severidad y perdonar nada y a nadie”. Acelerando como leviatán el castigo en nombre de la

constitucional un poderoso constructo de nuestros días que recibe el nombre de “derecho fundamental a la seguridad”. Cfr. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, "La seguridad como un topo discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza". Op. Cit, p. 19. Véase también, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Op. Cit, p. 22-23. Confróntese también, MODOLELL GONZÁLES, Juan Luis. “El derecho penal del enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”. Op. Cit, p. 335.

⁵¹⁸JAKOBS, Günther. MELIÁ, Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Cuadernos Civitas, Thomsom-Civitas, 2ª edición. 2006.

⁵¹⁹HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Prólogo de Juan Bustos Ramírez. Barcelona: Ariel. 1984, p. 98.

⁵²⁰MATTELART, A. Op. Cit. p. 225.

⁵²¹PALACIOS VALENCIA. Yennesit. “Derecho penal y castigo. Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo”. En *Dikaion*, Universidad de la Sabana, Año 27, vol. 22, 2013, p. 142.

⁵²²WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres*: Op. Cit, p. 25.

justicia, donde “el concepto de lo justo se considera siempre sospechosamente con nuestros intereses”.⁵²³

Si se estudia a LOADER Y SPARKS, tal situación está directamente relacionada con lo que denominarían: “el *calentamiento global* de los discursos públicos sobre delincuencia y justicia penal, para referirse al carácter esencialmente político de la delincuencia, y ello significa que los debates sobre la misma y su control juegan y han de jugar, un papel importante en la vida pública”.⁵²⁴ Estrategia relevante para transmitir el metadiscurso “políticamente correcto” sobre la manera de castigar y reprimir a los “Otros” y todo cuanto sea señal de peligrosidad.

En tal sentido, aparece una ideología predominante para diferenciar dos grandes corrientes: por un lado, los que forman parte del *endogrupo*; y por el otro, la exclusión presente en los que integran el *exogrupo*; tensión que acuña pura y llanamente una marcada ideología etnocéntrica,⁵²⁵ como desarrollo teórico esbozado por una vertiente de investigación social propia de la Escuela de Frankfurt. Concretamente, fue THEODOR W. ADORNO,⁵²⁶ entre otros autores, que desarrollaron la tesis sobre «*La personalidad autoritaria*»⁵²⁷ para explicar la predisposición existente para dirigir agresión hacia los “Otros” diferentes, ya esbozados con anterioridad. Se trata de una suerte de ideología que describe una insistente y rígida distinción entre estereotipos negativos y actividades hostiles dirigidas hacia los *exogrupos*, quienes ostentan el carácter de subordinados en

⁵²³ DELIBES, Miguel. *Cinco horas con Mario*. Barcelona: Destino libro, 144, 1966. p. 388.

⁵²⁴ Cfr. MEDINA, Juan José. Reseña: *Public Criminology? de Ian Loader y Richard Sparks*. Por una criminología al servicio de la democracia. En *Revista Española de Investigación Criminológica*. No 9, 2011, p. 2.

⁵²⁵ GARCÍA GARCÍA, Juan. “Los prejuicios del internacionalismo: Espacio, modernidad y ambivalencia”. En *REIS, Revista Española de Investigaciones sociológicas*, nº 71-72, 1995, p. 207.

⁵²⁶ Primer autor firmante de la obra por orden alfabético— uno de sus mayores impulsores, ocupándose de volcar en ella las preocupaciones teóricas que, en estrecha colaboración con Max Horkheimer, había venido poniendo de manifiesto en otros títulos tan conocidos como «*Dialéctica de la Ilustración*». Cfr. ADORNO, Theodor W. Et, al. *La personalidad autoritaria*. Op. Cit, p. 155.

⁵²⁷ Teoría desarrollada con un grupo amplio de investigadores, (Elsa Frenkel-Brunswik, Daniel Levinson y Nevitt Sanford) de la conocida Línea del Instituto de Investigación Social de Berkeley, donde se demuestra el actuar y las consecuencias del hombre autoritario, respecto a las tendencias antidemocráticas que degeneran en autoritarismo.

relación al *endogrupo* que posee una actitud jerárquica y autoritaria de la integración grupal.⁵²⁸

De esta forma, la filiación a un cierto grupo predominante, tiende a hacernos ver a los miembros del *endogrupo* similares a nosotros e igualmente agradables. Muy por el contrario, se responde ante los miembros del *exogrupo* con indiferencia, desagrado, subestima y discriminación.⁵²⁹ Así se contrasta una imaginaria de estereotipos positivos y actitudes sumisas⁵³⁰ que desarrollan una lucha de poder en detrimento de colectivos identificados y clasificados con actitud hostil. Categorización que da como resultado estigmatización y discriminación contra el grupo subordinado y “desviado”.

Esto es necesario tenerlo en cuenta para el análisis propuesto, puesto que, si simultáneamente, y tal como explica el estudio de las representaciones sociales del delito, se consolida el acientífico discurso en cuya virtud se acaba marcando una distancia emocional entre la identidad del endogrupo –al que pertenecen quienes tienen capacidad de definición– y el exogrupo, en el que se integran, *inter alias*, las poblaciones de inmigrantes. La construcción social del delincuente está avocada a centrarse en éstos, únicos y exclusivos responsables –lógicamente– de su autodefinición como los “Otros”,⁵³¹ pues la lógica de la inclusión y exclusión tiene sólidas raíces en vertientes históricamente dominantes, ya que décadas tras décadas se han seguido marcando las mismas tensiones, con el nombre de otros actores y escenarios, cuando no los mismos, para prevenir, controlar y reprimir la criminalidad.

Por esencia este desdoblamiento de la política criminal puede definirse también de cara al extranjero inmigrante, en un doble efecto: “por un lado, rigor penal para las actuaciones delictivas a las que se ve estructuralmente empujado;

⁵²⁸GARCÍA GARCÍA, Juan. Op. Cit, p. 207.

⁵²⁹BETANCOR, Verónica. “Atribución diferencial al endogrupo y al exogrupo de las dimensiones de moralidad y eficacia: un indicador de favoritismo endogrupal”. [En línea]. *Psicothema*, Vol. 15, nº 3, 2003, p. 407. <<http://www.psicothema.com/pdf/1080.pdf>>. [Consultado diciembre 2 de 2013].

⁵³⁰GARCÍA GARCÍA, Juan. Op. Cit, p. 207.

⁵³¹TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Op. cit, p. 59.

por otro, inhibición frente a su explotación o discriminación”.⁵³² Circunstancia que lleva a pensar que la desregulación económica y la hiper-regulación penal van de la mano: “la falta de inversión social implica el aumento de inversión a nivel carcelario, que representa el único instrumento en grado de hacer frente al trastorno suscitado por el desmantelamiento del Estado social y por la generación de inseguridad material que inevitablemente se difunde entre los grupos sociales colocados en las posiciones más bajas de la escala social». ⁵³³ Esta es la causa por la que en muchos países del mundo, la justicia social ha sido reducida a justicia penal, descripción que ya ha sido plasmada, contundentemente, cuando GALEANO puntualiza lo siguiente:

El Estado vela por la seguridad pública: de los otros servicios, ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La pobreza mata cada año, en el mundo, más gente que toda la segunda guerra mundial, que a muchos mató.

El poder, que practica injusticia y vive de ella, transpira violencia por todos los poros. Sociedades divididas en buenos y malos: en los infiernos suburbanos acechan los condenados de piel oscura, culpables de su pobreza y con tendencia hereditaria al crimen: la publicidad les hace agua la boca y la policía les echa de la mesa.

Hasta hace veinte o treinta años, la pobreza era fruto de la injusticia. Lo denunciaba la izquierda, lo admitía el centro, rara vez lo negaba la derecha. Mucho han cambiado los tiempos, en tan poco tiempo: ahora la pobreza es el justo castigo que la ineficiencia merece.⁵³⁴

Es bastante claro que mientras el discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos –por agotamiento de su arsenal de ficciones gastadas–, las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la muerte masiva.⁵³⁵ Por ello se censura un Derecho penal que trasciende la formalización y la vinculación a los principios valorativos para convertirse

⁵³²Ibid, p. 41.

⁵³³DE GIORGI, Alessandro. Op. cit, p. 21.

⁵³⁴GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Op. Cit, p. 2.

⁵³⁵Cálculos provenientes de fuentes insospechadas establecen que en América Latina (...) mueren anualmente alrededor de doscientos mil niños durante su primer año de vida por efecto de elementales carencias alimentarias o sanitarias; un número igual o mayor sobrevivirá, pero jamás alcanzará su completo desarrollo bio-psíquico debido a las secuelas de las mismas carencias. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Op. Cit, p. 16-17.

paulatinamente en un instrumento político, sobre todo en ámbitos de seguridad del Estado.⁵³⁶

En suma, reaparece un sistema penal de control de los males y la desviación, que revela una vez más, como manifestó BARATTA,⁵³⁷ que al igual que todo el derecho burgués, la contradicción fundamental entre igualdad formal de los sujetos del derecho y desigualdad sustancial de los individuos, se manifiesta respecto a las *chances* de ser definidos y controlados como desviados. El efecto, la segmentación de la multitud, “a través de una ecología del miedo que (...) se materializa en la figura del desocupado extranjero, del toxicómano”,⁵³⁸ del homosexual y de todo cuanto deba ser temido alargando la lista de los sospechosos a etiquetar.

No es gratuito que algunas legislaciones se impregnen de bases moralistas arcaicas, precisamente para que se censure y escarmiente a la homosexualidad, ya que aún los avances en la materia, las uniones entre parejas del mismo sexo siguen viéndose como una cosa extraña o como una enfermedad,⁵³⁹ siendo el trato discriminatorio y represivo, pese a las conquistas legislativas y reformas existentes en diferentes partes del mundo.

Sobra ver las leyes que castigan todavía a los homosexuales como si se tratase de los más temibles delincuentes. En Sudán *verbi gratia*, se puede castigar con pena privativa de la libertad y hasta con pena de muerte,⁵⁴⁰ fiel *apología de las aberraciones sexuales*, máxima de ANTONIO SAN DE VELILLA que sigue presente.

⁵³⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Op. Cit, p. 344

⁵³⁷ BARATTA, Alessandro. “Por una teoría materialista de la criminalidad y el control social”. Op. Cit, p. 23.

⁵³⁸ DE GIORGI, Alessandro. Op. cit, p. 138.

⁵³⁹ GAMBOA, Franco. ALCOCER Pamela. “Entre amores y reveses: el debate homosexual en América Latina”. En biblioteca Saavedra Fajardo de pensamiento político Hispánico. 2012, p. 3. [en línea] <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/tribuna/DOC0556-FGR.pdf>>. [consultado 11 de enero de 2013].

⁵⁴⁰ Irán, Arabia Saudí y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán, y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África; penalizan la homosexualidad con la pena de muerte. Quince países han fijado parámetros para determinar la edad de consentimiento para relaciones sexuales

Estos intentos reproducen un conflicto innecesario, puesto que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de Salud (OMS) excluyó a la homosexualidad del código internacional de enfermedades, junto con los grupos Lésbicos-Gay, Transexual y Bisexual (LGTB). Para el año 2005 esta fecha se convirtió en un momento que celebró la *Primera Jornada Mundial Contra la Homofobia*.⁵⁴¹ En general, pese a la negativa de distintos gobiernos, esto es un debate que debería entenderse superado si se sigue el fundamento y alcance de los derechos humanos como guía rectora para formar sociedades justas y democráticas.

No obstante, como se desprende de la radiografía sobre la situación de la homosexualidad en el mundo reflejada en el *Informe sobre Homofobia de Estado* difundido por ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales),⁵⁴² el texto revela que 113 países en el mundo⁵⁴³ autorizan

heterosexuales y homosexuales. Mientras que otros 52 prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, sólo 19 la prohíben específicamente en base a la identidad de género. Cfr. Al respecto, consúltese el Mundo. "Informe ILGA". Actualizado martes 15/05/2012.16:45 H. [En línea]. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html>>. [Consultado abril de 2013].

⁵⁴¹ GAMBOA, Franco. ALCOCER Pamela. Op. Cit. p, 3.

⁵⁴² ITABORAHY, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*. Informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), Mayo 2012. [En línea] <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2012.pdf>. [Consultado diciembre de 2012].

⁵⁴³ Burkina Faso, Cabo Verde (2004), Chad, República Democrática del Congo, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau (1993), Guinea Ecuatorial (1931), Madagascar, Mali, Níger, República Centro Africana, Ruanda, Sudáfrica (1998), Argentina (1887), Bahamas (1991), Bolivia, Brasil (1831), Chile (1999), Colombia (1981), Costa Rica (1971), Cuba (1979), Ecuador (1997), El Salvador (años 1800), Guatemala (años 1800), Haití (años 1800), Honduras (1899), México (1872), Nicaragua (2008), Panamá (2008), Paraguay (1880), Perú (1836-37), República Dominicana (1822), Surinam (1869), Uruguay (1934) y Venezuela (años 1800), Baréin, Cambodia, Cisjordania (1951), China (1997), Filipinas, la mayoría de Indonesia, Israel (1988), Japón (1882), Jordania (1951), Kazajstán (1998), Kyrgistán(1998), Laos, Mongolia (1987), Nepal (2007), Corea del Norte, Corea del Sur, Taiwán (1896), Tajikistán (1998), Tailandia (1957), Timor Este (1975), Vietnam, así como en West Bank (1951) en el territorio palestino ocupado. Albania (1995), Alemania (1968-69), Andorra (1990), Armenia (2003), Austria (1971), Azerbaijan (2000), Bélgica (1795), Bielorrusia (1994), Bosnia y Herzegovina (1998-2001), Bulgaria (1968), Croacia (1977), Chipre (1998), Ciudad del Vaticano, República Checa (1962), Dinamarca (1933), Eslovaquia (1962), Eslovenia (1977), España (1979), Estonia (1992), Finlandia (1971), Francia (1791), Georgia (2000), Grecia (1951), Hungría (1962), Irlanda (1993), Islandia (1940), Italia (1890), Kosovo (1994), Letonia (1992), Liechtenstein (1989), Lituania (1993), Luxemburgo (1795),

la homosexualidad, mientras que 78 naciones consideran que practicar sexo entre dos personas del mismo género constituye un acto ilegal, entre ellos, diez de América Latina y el Caribe.⁵⁴⁴

En lo que respecta a Irán, Arabia Saudí y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán, y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África; penalizan la homosexualidad con la pena de muerte. Quince países han fijado parámetros para determinar la edad de consentimiento para relaciones sexuales heterosexuales y homosexuales. Mientras que otros 52 prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, sólo 19 la prohíben específicamente en base a la identidad de género.⁵⁴⁵

Esto permite afirmar que estos rasgos catalizadores de los enemigos, también llevan implícito procesos biológicos que se convierten en un asunto de Estado.⁵⁴⁶ Por ello se acuña la idea de que el paralelismo discursivo entre el penalismo y la criminología autoritarios y la discriminación biológica no es casual, o dicho de otra forma, sería algo genético, idea base de los discriminadores biológicos,⁵⁴⁷ para estigmatizar al grupo de los satanizados como enemigos.

Pero el enemigo, es por tanto, todo aquel percibido como peligroso; el que posee la virtualidad de afectar el orden social. La noción de peligrosidad señala el “pasaje de lo virtual a lo efectivo en el sistema de las amenazas. El colonizado o nativo, el loco, el criminal, el degenerado, el perverso, aparecen como los nuevos enemigos de la sociedad. La guerra se concibe en términos de supervivencia de

Macedonia (1996), Malta (1973), Moldavia (1995), Mónaco (1793), Montenegro (1977), Noruega (1972), Países Bajos (1811), Polonia (1932), Portugal (1983), Rumanía (1996), Rusia (1993), San Marino (1865), Serbia (1994), Suecia (1944), Suiza (1942), Turquía (1858), Ucrania (1991), Reino Unido (ver pie de página para Reino Unido y asociados). Canadá (1969), Estados Unidos (2003). Oceanía Australia, Fiji (2010), Islas Marshall (2005), Micronesia, Nueva Zelanda (1986), Vanuatu y asociados a Nueva Zelanda de Niue (2007) y Tokelau (2007).

⁵⁴⁴ Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago.

⁵⁴⁵ Al respecto, consúltese el Mundo. “Informe ILGA”. Actualizado martes 15/05/2012.16:45 H. [En línea]. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html>>. [Consultado abril de 2013].

⁵⁴⁶ FOUCAUL, Michel. Op. Cit, p. 10.

⁵⁴⁷ LEAL MEDINA, Julio. Op. Cit, p. 205.

los más fuertes, más sanos, más cuerdos, más arios. Es la guerra pensada en términos histórico-biológicos”.⁵⁴⁸

Como se puede observar, la prehistórica ley del talión circunscrita en el famoso Código de Hammurabi, mandato jurídico que gozaba de gran preeminencia en la antigua Mesopotamia, hoy puede traducirse en: quien cometa actos contra natura (por ser homosexual), será ejecutado.

Para un sector de la dogmática jurídico-penal, esta adaptación a las nuevas necesidades político-criminales ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del Derecho penal, como “un subsistema de imputación dentro del conjunto global del sistema social global, a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal la confianza de los demás ciudadanos fieles al derecho”.⁵⁴⁹

Es precisamente esta fracción del *surplus*⁵⁵⁰ potencialmente explosiva y por lo tanto “peligrosa”, lo que activa el sistema represivo carcelario, pues se castiga premeditadamente todo lo que sea objeto de desviación social con el “despliegue de un conjunto de estrategias orientadas al control de la excedencia,⁵⁵¹ consolidándose lo que ZAFFARONI denomina *racismo punitivo*,⁵⁵² que acecha exclusivamente cierta clase de peligrosidad, con el incremento de las penas y exagera a su vez la intervención penal para esta colectividad; facilitando precisamente, la aplicación de ciertas reglas a los *outsiders*, desviados objetos de etiqueta.

⁵⁴⁸FOUCAUL, Michel. Op. Cit, p. 10.

⁵⁴⁹MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*. Op. Cit, p. 27.

⁵⁵⁰Es decir, de una fuerza de trabajo excedente respecto a la capacidad de absorción del mercado del trabajo. Esta fuerza de trabajo se configura cada vez más como una reedición tardocapitalista del «ejército industrial de reserva» de corte marxista. Una masa de trabajo con escasa o nula cualificación, expulsada del proceso productivo debido a su extensión, pero al mismo tiempo útil como estímulo para el control de las reivindicaciones salariales de la fuerza de trabajo activa. Ibid. p. 75.

⁵⁵¹Ibid, p. 38.

⁵⁵²ZAFFARONI, Eugenio R. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”. Op. cit, p. 84.

Al respecto BECKER precisa que: “el desviado es alguien al que la etiqueta le ha sido puesta con éxito; el comportamiento desviado es el comportamiento etiquetado así por la gente”.⁵⁵³ A ello obedece que los “indeseables peligrosos”⁵⁵⁴ quienes suelen ser en general los destinatarios de las normas y sobre todo en su ámbito penal –como instrumento de control y confinamiento de una población estigmatizada– sean frecuentemente los excluidos por ser portadores de riesgo e inseguridad.

Lo que se observa es una clara deslegitimación del sistema penal con una crisis del discurso jurídico-penal. Pues los múltiples poderes que “sustentan esta realidad letal, se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, muy posiblemente, pueden operar con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares”.⁵⁵⁵

Vale decir entonces que, en el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema.⁵⁵⁶ Para desplegar el poder del verdugo contra los disidentes y silenciar a los indeseados. Es fácil de hecho, comprobar, cómo el Derecho penal ha llegado a ser ilimitado; cuando se induce una alarma social, llega a ser inmediatamente (fácilmente) objeto de renovada atención penal: “sea reformulando las viejas disposiciones de un Derecho penal entendido como demasiado tradicional, sea aumentando de forma desmesurada el número de los supuestos de hecho incriminadores de cada sector, sea –en fin–

⁵⁵³BECKER, Howard. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York, 1963. Versión en Alemán: *Aussenseiter: Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*, Frankfurt, 1973, p. 9. En BERGALLI, Roberto. “Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del labelling-aproach”. En *Revista de sociología*, nº. 13, Universidad de Barcelona, 1980, p. 76. Visto en: [<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/23671/1/32568.pdf>].

⁵⁵⁴ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 22.

⁵⁵⁵ZAFFARONI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Op. Cit, p. 72.

⁵⁵⁶ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. Cit, p. 477.

creando nuevas figuras delictivas habitualmente útiles únicamente sobre el plano simbólico”.⁵⁵⁷

Lo anterior, porque se ha caído en la máxima intervención del Estado por la legitimación de una estructura social que condena y tacha, no solo la delincuencia, sino también la marginalidad, para marcar un trato diferenciado desde el derecho. La consecuencia directa es un amplio debilitamiento de la teoría de los derechos humanos desde cualquier perspectiva que pueda aquí interpretarse, en lo que hoy lejos de serlo, mal llamamos Estado Social de Derecho, porque hay un uso arbitrario de la ley por quienes ostentan el poder, y porque hay Estados que dicen ser democráticos aún cuando lo que desarrollan son prácticas tiranas que olvidan que los “excluidos” son personas que están carentes de derechos. Por tanto, contrafácticamente, el desarrollo en materia penal está pensado desde una ideología instrumentalista para cosificar, mirada pura y dura para extender el ataque penal a los “Otros”.

2.2.1. El ataque penal como respuesta al riesgo: el regreso al *labelling approach*

“Que el remedio hallado para la enfermedad de la «impunidad» no engendre en sí mismo, riesgos relativos a otras enfermedades ya conocidas”.

Maier J.

El Derecho penal más allá de su carácter de instrumento de clase dominante, es una ominosa señal de que para la subsistencia de la vida comunitaria, no se ha encontrado, hasta la fecha, *en sistema alguno*, una vía ajena a la represión,⁵⁵⁸ por eso ha sido el único Derecho represivo, o dicho otro modo, el más lesivo. Naturalmente, hasta el día de hoy, el objetivo de disuadir a sus destinatarios de cometer delitos se mantiene, al tiempo que se legitima con ello la permanencia de

⁵⁵⁷MAZZACUVA, Nicola. “El futuro del derecho penal”. *En crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Luís Arroyo Zapatero, y otros (Coords.). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 231.

⁵⁵⁸DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luís. *Justicia penal y derechos humanos*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997, p. 42.

un régimen de vigilancia –apoyando medidas coercitivas, sea cual fuese–, porque tras la lógica del riesgo institucionalizado en los “Otros”, los aparatos de control operan bajo juicios de reproche, y sobre todo penales, diseñados perfectamente para combatir ciertos “males” y no otros.

En palabras del profesor BRANDARIZ,⁵⁵⁹ buena parte del debate penal de las últimas décadas, tanto en la literatura española como en la extranjera, ha estado centrado en lo que si bien, designado con diversos nombres, podría ser denominado como la emergencia del Derecho Penal Moderno. Dicho en términos sintéticos, por tal objeto de estudio se entiende:

la aparición de la emergencia en las diversas legislaciones de nuestro entorno cultural, de un sector novedoso del Derecho Penal, incriminador de comportamientos previamente desconocidos o –la mayor parte de las veces previamente desconsiderados, que presenta rasgos divergentes de los modos de construcción del ordenamiento criminal que protagonizaron la evolución del Derecho Penal durante el siglo XIX y buena parte del XX, y que han sido producto de una más que destacable labor de estudio por parte de la doctrina de raíz continental.⁵⁶⁰

De esta manera, se han constituido diversas regulaciones que puede decirse, han sido propias de un derecho poco respetuoso de los derechos humanos,⁵⁶¹ sobre todo cuando se avanza en lo que se ha denominado, *el gobierno de la excedencia*⁵⁶² que responde ante la invención de clases peligrosas con el encarcelamiento preventivo de todas las personas que suponen un peligro, esto es, «el riesgo encarcelado», pues el tema del enemigo de la sociedad ha pasado a primer plano de discusión,⁵⁶³ y a su vez la represión se ha convertido en la salida fácil a la criminalidad.

⁵⁵⁹ BRANDARIZ GARCÍA, José. *Política criminal de la exclusión. el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares (ed), 2007, p. 5.

⁵⁶⁰ Ibid, p. 5.

⁵⁶¹ PALACIOS VALENCIA, Yennesit. “Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado colombiano”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43 No. 118, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, p. 278.

⁵⁶² DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. José Brandariz García, y Hernán Bouvier, (trads.), Madrid: Traficante de sueños, 2006, p. 75.

⁵⁶³ ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el derecho penal*. Op. Cit, p. 14.

De hecho, durante las últimas décadas casi todos los países de Europa⁵⁶⁴ han experimentado un aumento significativo y constante, y en varios casos, el crecimiento explosivo de su población carcelaria, coincidiendo con la aparición del desempleo masivo, la precarización del trabajo asalariado y la reducción de la migración laboral.

En tal sentido, lo asumido como peligro a encarcelar aparece perfectamente identificado con la “población criminal” que se encuentra concentrada en los grados más bajos de la escala social: (sub-proletariado y grupos marginales), como una “patología” propia de cierto círculo social. Fiel indicador de la criminología tradicional como las causas de la criminalidad.⁵⁶⁵

Lo anterior lleva a formular que en el sistema penal actual cobra singular importancia la teoría del control social o “*Labelling Approach*”, teorías del etiquetamiento que ya en las décadas de los 60s y 70s habían alentado largos debates en el campo de la criminología –con teóricos como TANNENBAUM, LEMERT Y BECKER–, estandarizando estereotipos que han sido comúnmente validados, cayendo en la lógica de satanizar y excluir a quienes no formen parte de la mayoría generalmente aceptada en razón a las famosas teorías del

⁵⁶⁴Over the past three decades, nearly all the countries of the European Union have experienced significant and steady increases, and in several cases explosive growth, in their prison population, coinciding with the onset of mass unemployment, the casualization of wage work, and the official curtailment of labour migration. Between 1983 and 2001, these increases reached one-third to one-half in several of the larger countries, with the number of inmates (including those in remand detention) rising from 43,400 to 67,100 in England, from 41,400 to 55,200 in Italy, and from 39,100 to 54,000 in France. Carceral inflation has been even more spectacular in smaller countries and alongside the Mediterranean, with Portugal (6,100 to 13,500), Greece (3,700 to 8,300), and Ireland (1,400 to 3,000) sporting a doubling and Spain (14,700 to 46,900) and the Netherlands (4,000 to 15,300) more than a tripling of their carceral stock (Tournier 2002).³ Despite periodic recourse to mass pardons (for example in France on Bastille Day every year since 1991) and waves of early releases that have become commonplace (in Italy, Spain, Belgium, and Portugal), the continent's store of inmates has swollen relentlessly and penitentiaries everywhere are full to overflowing (Kuhn et al 2000: 136–7). Cfr. WACQUANT, Loïc. “Penalization, depoliticization, racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union”. Op. Cit, p. 85.

⁵⁶⁵La posición precaria en el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, ausencia de cualificación profesional y defectos de socialización familiar y escolar) son característicos de los pertenecientes a los niveles sociales más bajos, son indicados en la criminología tradicional como las causas de la criminalidad. Vid. BARATTA, Alessandro. “Por una teoría materialista de la criminalidad y el control social”. Op. Cit, p. 23.

etiquetamiento, que antes, y aún hoy, están justificando un manejo diferenciado desde el Derecho penal a quienes no merecen el tratamiento como persona.

El razonamiento es absolutamente lineal: “se trata de comprender cómo la «razón penal» persigue y se transforma de acuerdo con las mutaciones del contexto social. Diciéndolo brutalmente: se trata de comprender cómo la «justicia» del Estado se esfuerza en constituir el orden social”.⁵⁶⁶ Concluyentemente, este florecimiento del paradigma de la “reacción social” para combatir la población “criminal” identificada, está ligado genéricamente a la desocupación que golpea a algunos estratos sociales considerados peligrosos para el orden establecido: minorías étnicas, inmigrantes,⁵⁶⁷ jóvenes marginales,⁵⁶⁸ etc.

La razón de tal cosa obedece a que la “moda” del riesgo como manifiesta GRACIA MARTÍN,⁵⁶⁹ creada para combatir a las personas excluidas del modelo de bienestar, no podía ocultar que la intervención penal sigue, y, presumiblemente, seguirá centrada en los marginados, quienes corren el serio peligro de ser, finalmente, los destinatarios de la persecución de delitos.⁵⁷⁰

Así, la pena aparece para reafirmar la supremacía del Leviatán dentro de los estrechos límites de la ley y el orden –simbolizados por la guerra contra la delincuencia callejera y la inmigración ilegal, ahora en todas partes el centro del debate público–, en un momento en que el Estado proclama su incapacidad para frenar la descomposición del trabajo asalariado y de aprovechar la hiper-movilidad de un capital que desestabiliza toda la compresión del tejido social en una pinza.⁵⁷¹ En esa medida el axioma de JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁷² es digno de mención:

⁵⁶⁶DE GIORGI, Alessandro. Op. Cit, p. 138-139.

⁵⁶⁷LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho frente a los inmigrantes”. Op. Cit, p. 213.

⁵⁶⁸DE GIORGI, Alessandro. Op. Cit, p. 75.

⁵⁶⁹GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del derecho penal?” En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir., Luis Ripolles Díez y otros (Ed.) Madrid: Tecnos, 2002, p. 359.

⁵⁷⁰DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Op. cit. p.149.

⁵⁷¹WACQUANT, Loïc. “La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metrópoli brasiliana”. *Studi sulla questione criminale*, I, nº. 3, 2006, p. 7.

“para alcanzar la paz el código penal es un instrumento tan inútil como la fuentecilla de la cocina lo es para apagar un incendio [...] los códigos penales se han hecho para reprimir al homicida vulgar, al ladrón corriente, jamás para grandes tareas”.

Como se ha contextualizado, el ejemplo moderno del colectivo visto como extraño a la comunidad para ser combatido son la población inmigrante; son vistos con rareza, pues aparece un estigma para catalogarlos como sujetos poco fiables, poco amigables, (y de ahí la primera dimensión de riesgo), en términos del cumplimiento de los deberes. Por ello el estigma los ratifica como los indeseables,⁵⁷³ por lo que a toda costa hay que impedir crucen la frontera.

La conclusión no puede ser otra: la aptitud con la que se reviste el Derecho penal respecto de ciertos individuos, por su actuar, bien sea, peligroso, sospechoso o poco confiable para el colectivo social, es en última instancia lo que hace que se le vea y trate no como persona, sino como enemigo, al conglomerado que integra el *exogrupo*.

Piénsese *verbi gratia*, en los inmigrantes que han nacido mal y especialmente aquellos que encarnan el fobotipo, tal y como lo ha argumentado ejemplarmente Sartori, esto es, los magrebíes, los islámicos. Pues el fobotipo por antonomasia son los irregulares magrebíes. Traslación que es más fácil de argumentar a raíz de la perversión que se produce en la agenda política después de la estrategia adoptada el 12-S, por la administración Bush e impuesta a todos sus aliados o vasallos.⁵⁷⁴ Vale decir que los relacionados con el exogrupo no se agotan aquí, la lista puede ampliarse según surjan o se refuercen los estereotipos de la criminalidad existentes.

⁵⁷² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada S. A., Tomo II., 1950, p. 1039.

⁵⁷³ LUCAS, Francisco Javier de. “Nuevas estrategias de estigmatización: El derecho frente a los inmigrantes”. Op. Cit, pp. 212-213.

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. 213.

En este sentido, tal decadencia por el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho penal como enuncia HERZOG,⁵⁷⁵ marca un fuerte escepticismo frente a la recuperación de su verdadero sentido, pues aún, sigue declarándose orgullosamente heredero del liberalismo político, y, en consecuencia, estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo. De ahí que “coloque la protección del delincuente, o del ciudadano no potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales de quienes el mismo Estado no ha considerado sujeto peligroso”.⁵⁷⁶

Empero, por el reclamo generado por la sociedad de masas ocurre totalmente lo opuesto; la respuesta del Derecho penal se traduce en un derecho cuya prioridad es la seguridad, ante el mito creado de que la solución está en la represión y castigo, en lo que se ha convertido en la *globalización punitiva*.⁵⁷⁷ Rasgos estos, característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal, que, en general, da lugar formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y con ello, se da un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.⁵⁷⁸

En este sentido, es sensato lo afirmado por CANCIO⁵⁷⁹ cuando manifiesta que estos cambios, no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que están presente también en los contenidos y van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad, que se impone formular la sospecha de que asistimos a un cambio estructural de orientación.

⁵⁷⁵HERZOG, Feliz. “Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”. Op. Cit, p. 249.

⁵⁷⁶DÍEZ RIPOLLES, José Luis. Op. Cit. p. 63.

⁵⁷⁷PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. *Derribando muros*. Op. Cit, p. 30.

⁵⁷⁸GRACIA MARTÍN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. Op. Cit, p. 2.

⁵⁷⁹CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿«Derecho penal» del enemigo?” En *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 60.

Cambio que se soporta, precisamente, en la era de expansión del Derecho penal, «*zurechnungsexpansion*» término soportado por SILVA,⁵⁸⁰ esto es, la expansión de imputación de la responsabilidad como característica cultural de la sociedad contemporánea, con una elevadísima sensibilidad al riesgo, donde la búsqueda de la solución a la inseguridad, además no se busca en su clásico «lugar natural –el derecho de policía– sino en el Derecho penal.

2.2.2. El peligro de la “seguridad”

Desde una postura crítica exigible al sistema actual, es claro que los Estados tienen el deber de garantizar al ciudadano, por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente a la *potestas puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones que deben evitarse de la mano de los derechos humanos. Por otra parte, han de garantizar la efectiva concreción y aplicación de su potestad punitiva para proteger los derechos humanos frente a los posibles ataques a éstos.⁵⁸¹ Conflicto por demás, evidente, cuando se pretenden hacer valer los derechos que la misma sociedad proclama para la sana convivencia colectiva.

Desde esta valoración, el Derecho penal como sistema represivo, fundamentado en la seguridad de los derechos, y como herramienta de lucha en la defensa efectiva de los mismos derechos humanos, es distorsionado de manera “cínica”, en el entendido que, ya no hay necesidad de maquillar la realidad, la filosofía predominante de forma evidente, –en respuesta a la alerta de la llamada cultura de emergencia–⁵⁸² es la promoción de medidas reactivas ante los supuestos riesgos y amenazas, en las que el derecho será efectivo, en tanto se pueda aniquilar o instrumentalizar a quién no le es funcional al sistema, esto es, al “enemigo”.

⁵⁸⁰SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Op. Cit, pp. 37-48.

⁵⁸¹ RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro. *Constitución y Derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*. Caracas: Ediciones Líber, 2001, p. 20.

⁵⁸²PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Op. Cit, p. 17.

Por esta razón, el sistema reacciona en función del derecho a la seguridad que reclama, exige y legitima el mismo colectivo social, para contrarrestar a quien trasgreda la norma y delinca sin control. Por ello postular un Derecho y tener realmente un Derecho no es lo mismo, y sólo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente.⁵⁸³

En tal sentido se popularizó la mencionada teoría del Derecho penal “del enemigo”, entendida como aquel sector del ordenamiento jurídico-penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta del autor, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento frente a autores especialmente peligrosos; pues mediante este mecanismo el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos.⁵⁸⁴ Se advierte el peligro que puede representar ese derecho penal –que cada vez con mayor profusión–, “sanciona conductas que se realizan en un estadio anterior a una puesta en peligro del bien jurídico, para un Estado de libertades y para las “ataduras” que en ese Estado de libertades suponen un límite al ejercicio ilimitado del poder punitivo”.⁵⁸⁵

Estos malestares son los que obligan a cambiar el direccionamiento en la materia no sólo desde el Derecho penal, sino desde la criminología y hasta la política criminal, para examinar porqué actualmente la justicia penal choca con los derechos humanos, situándolos en un estado de permanente debilitamiento –aunque en la época de mayor esplendor, después de la garantías muy bien reflejadas con la declaración Universal de los derechos humanos de 1948,

⁵⁸³Que todos deban ser tratados como personas, dice el autor, esto, *per se*, no deja de ser un mero postulado, un modelo para una sociedad. Cfr. JAKOBS, Günther. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad*. Op. Cit, p. 96-97.

⁵⁸⁴Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. *El derecho penal del enemigo*. En *el discurso penal de la exclusión*. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez (coords.), Madrid: Edisofer/Bdef, vol. I. p. XVII y Ss. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. En reseña de: *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*. Laudatio de JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 125, 2009, pp. 1065-1073; en cuyo caso, narra Jakobs que, un derecho penal del enemigo diferenciado del punitivo común, “es menos peligroso” para el Estado de Derecho que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo. Vid. JAKOBS, Günther. *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: Editorial ARA, Lima, 2005, p. 11.

⁵⁸⁵MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Claves del derecho penal 5. Buenos Aires: 2da ed. Hammurabi, 2008. p. 122.

producto de un arduo proceso reivindicatorio de las luchas sociales—⁵⁸⁶ pues atraviesan por un serio período de crisis que se ve representado en una manifestación ingenua de los mismos, pues la teoría y la praxis de aquellos son una pugna incesante.

Expresión que se reproduce porque un conjunto de factores, no sólo ligados a la criminalidad, obvian la necesidad de satisfacer unos estándares mínimos de bienestar, dada la existencia de diversas problemáticas, entre ellas las delictivas, que usualmente suelen ser asociadas a las condiciones de pobreza de muchos colectivos condenándolos a la marginalidad, a la expulsión, y a una tacha que permanece para jamás tratar a las parias como ciudadanos. Dando sustento a la aplicación de un derecho penal para enemigos, y en consecuencia, a la pérdida inmediata de sus derechos humanos.

Sin duda, no hay comparación alguna entre el Derecho penal del pasado con el Derecho penal actual, aunque existe un cierto retroceso ⁵⁸⁷ al instrumentalizar al individuo por la crueldad de los procedimientos y castigos que en algún momento no encuentran límite en el poder arbitrario del Estado, en el ejercicio de *ius puniendi*. Ideología punitiva que indudablemente se presenta de manera constante en la actualidad.

Con esta tesis se puede observar que se revive un discurso para justificar la aplicación arbitraria y extralimita del Derecho penal, es lo que justifica por ejemplo, el mantenimiento de la Cárcel de Guantánamo para mantener en un limbo jurídico a miembros de Al Qaeda, con pena sin sentencia, a quienes denominan "enemigos combatientes ilegales" por las políticas de seguridad, que son un fiel retrato del prototipo de derecho penal del enemigo donde el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que combate a sus enemigos.

⁵⁸⁶HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Op. Cit, p. 18.

⁵⁸⁷PALACIOS VALENCIA, Yennesit. "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional". En *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. IDELA, Instituto de Estudios Jurídicos, San José: Universidad Nacional de Costa Rica, vol. 21, 2010, pp. 19-33.

En efecto nunca puede hacerse historia de los discursos sobre el castigo penal porque los mismos no pertenecen al pasado ya que están siempre vivos. “están dormidos pero en determinadas circunstancias históricas favorables a ciertos grupos de poder los despiertan con toda la fuerza”.⁵⁸⁸

No se discute que el castigo personificado en una pena deje de existir, ha existido en todas las épocas y seguirá existiendo. Ello ocurre por el factor miedo, el miedo al futuro, al mañana, a perder: “vida, salud, bienes, ascensos, salarios, estabilidad. Lo cual, justificado o no, se ha expandido y concretado básicamente hacia el temor generalizado a ser víctimas de delitos, sobre todo los violentos, es tal vez, porque ellos hacen más fácilmente identificable la imagen del enemigo y más personalizada la posible atribución de culpabilidades y sanciones.”⁵⁸⁹

Así pues, “el dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan *perdidos* que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas; pues nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad”.⁵⁹⁰ Por ello, en nuestros días se ha convertido en un auténtico lugar común, la alusión a que el Derecho penal está en una crisis de identidad, por lo que en palabras de SILVA,⁵⁹¹ la crisis realmente obedece a un factor de legitimación, pues se cuestiona la legitimación del recurso por parte del Estado a la maquina penal, su instrumento más poderoso.

Pero advierte el citado autor, que este análisis no puede entenderse exclusivamente como un fenómeno del Derecho penal contemporáneo. Pues dicha crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal

⁵⁸⁸PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. Op. Cit, p. 30.

⁵⁸⁹ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Del puerto, 2010, p. 95.

⁵⁹⁰ZAFFARONI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Op. Cit, p. 16.

⁵⁹¹Vid. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 13.

moderno, surgido de la ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho.⁵⁹²

Es innegable que el discurso jurídico-penal se revela como falso, pero atribuir su permanencia a mala fe o a formación autoritaria sería un simplismo que agregaría una falsedad a otra.⁵⁹³ Pero no hay duda que la fobia al peligro y a la impunidad es lo que genera un “entusiasmo por lo punitivo que exige del poder penal mucho más de lo que está al alcance de su capacidad de rendimiento.”⁵⁹⁴

Aunque no se desconocen los amplios avances en materia punitiva y en protección de derechos, no es menos cierto que la realidad se moldea a una forma más “moderna” de represión ejemplarizante en el castigo, contraria desde cualquier punto de vista al pensamiento propio del movimiento ilustrado.

En fin, en todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán delinquir. Esto no se podrá evitar jamás.⁵⁹⁵ Excusa primaria para el mantenimiento de un Derecho penal eminentemente represivo, como base contra los “enemigos fundamentales del orden social.”⁵⁹⁶

2.2.2.1. Derechos y contraderechos: Seguridad colectiva *versus* libertad de circulación

Dime con quién andas y te diré quién eres... Conversión que se traduce: *dime dónde naciste y te diré quién eres*. Las molestias de la “libre circulación” son reguladas de manera descomunal, en el ámbito nacional, regional y sobre todo

⁵⁹²Ibid, p. 13.

⁵⁹³ZAFFANORI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Op. Cit, p 17.

⁵⁹⁴PASTOR, D. *El poder penal internacional*. Op. Cit, p. 72.

⁵⁹⁵DÍAZ ARANDA, Enrique, et al. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Serie Ensayos Jurídicos, nº. 1, Díaz Aranda, (ed.), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 89.

⁵⁹⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Op. Cit, p. 48.

internacional, así pues, cuando más libres parecemos a los ojos del mundo, menos libertad se tiene para transitar. Un mundo que dice estar “globalizado” cuando las fronteras aún se encuentran cerradas, pero no para todos, sólo para aquellos que hagan parte de la ya descrita *underclass*.

Dependiendo de la ruta será más o menos regulada la libertad de circulación; o dicho de otra forma, según el camino a transitar, así se podrá, o no, más o menos transitar, e incluso atacar. –Libertad de circulación que como tal existe pero limitada al extremo, por ser un derecho humano que por excelencia está supeditado al vaivén de los poderosos– estrategia engañosa han popularizado para regular un derecho controlado abiertamente por los maxiopresores, para garantizar y muy eficazmente la “seguridad pública” o en su caso, la integridad de la Nación, y mejor aún, la seguridad internacionales.

Basta ver la gestión del “súper” Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (CSONU), cuya misión es garantizar la paz y la seguridad internacionales, controlando cualquier aspecto que genere sospecha o peligro mundial, hecho que lo impulsaría de *ipso facto* a intervenir, pues su tarea en este caso ágilmente ha de cumplir. Sobra ver el ataque a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, para ver cómo se puede reaccionar bajo la excusa de la paz mundial, en un juego de “todo vale”, pues inevitablemente se actúa, bajo el efecto de una clara desconexión moral: “cuanto mayor sea la separación moral, más fuerte es el apoyo público a ataques de represalia inmediata contra supuestos terroristas en el extranjero”.⁵⁹⁷

Por ello los Convenios de Ginebra hace años regulados para ponerle límite a la guerra, en todo lo que hoy integra el *corpus iuris* del Derecho Internacional Humanitario (DIH), parece en la época actual según el Estado ofendido, no poner límites y menos fronterizos. Luego entonces, la seguridad colectiva aparece como

⁵⁹⁷The higher the moral disengagement the stronger the public support for immediate retaliatory strikes against suspected terrorist sanctuaries abroad and for aerial bombardment of Iraq. Moral disengagement completely mediated the effect of the terrorist attack. Cfr. BANDURA, Albert. “Mechanisms of moral disengagement in support of military force”. Op. Cit, pp.141-165.

materia prima para elaborar los discursos sobre los cuales, las fronteras y la soberanía—y solo en estos casos— ya no tendrían punto final ni restricción.

Así aparecen los derechos y contraderechos, paralelismo acuñado por el argentino NÉSTOR PEDRO SAGÜES, para expresar como se minimizan los derechos por la retórica de “otros derechos”, que operan para poder ser impuestos y legitimados, no como cualquier derecho, sino como *supraderechos*.

Su doctrina apunta a explicar cómo “frente al Derecho de una persona a su seguridad personal, a su libre circulación o sus bienes, se contraponen ahora los “derechos”, que operan como *contraderechos* de los agresores, (...). Es una especie de inevitable derecho dañoso.⁵⁹⁸ Algunos ejemplos propuestos por el autor son los siguientes:

- Al derecho personal y social de trabajar se encara el “derecho” de huelguistas a establecer piquetes por lo que se impide a los no huelguistas a acceder al lugar donde desempeñan tareas laborales;
- El derecho de una persona a circular libremente se opone al “derecho” de unos manifestantes a cortar calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado.

En este caso y para el análisis propuesto, al derecho humano de una persona a circular libremente se le contraponen, no solo diversos derechos, sino quizás, supraprincipios constitucionales. Por antonomasia un buen ejemplo es la soberanía nacional, en el sentido que cada Estado es libre de autocomponer sus leyes independientemente de factores “extraños” de poder.

El trato humano mínimo exigido, independientemente de discursos maxinacionalistas, debería apuntar a que “la condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el

⁵⁹⁸SAGÜES, Néstor Pedro. “Derechos y contraderechos”. A propósito de la violencia urbana. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. 2004, pp. 457-458.

derecho internacional de los derechos humanos”,⁵⁹⁹ no obstante, en un mundo de flujos, aunque la circulación viene a ser un recurso fundamental al que todos los seres humanos deben tener acceso,⁶⁰⁰ tal cosa no sucede, pues se sobreponen los *contraderechos*.

Aquellos se caracterizarían por autorizar fácticamente la coacción física directa (en otros términos, y de ser necesario la violencia), por parte de quien lo maneja. No recurre –desde luego– al auxilio oficial, sino que se instrumenta por la mano propia, de quien lo alega. En los hechos goza, pues de autoejecutividad. También funciona contra cualquiera, por lo que sería *erga omnes*, con independencia del responsable real de la situación que explicaría su ejercicio.⁶⁰¹

Por ende, el *contraderecho* opera “como factor bloqueante del derecho de un tercero, pretendiendo valer más que el derecho que ataca o vulnera.”⁶⁰² Esto explica como debe primar la seguridad colectiva, en detrimento de los inmigrantes que no gozan de la “legalidad”, fundamentalmente cuando no se les ampara, y mucho menos podrían ser beneficiarios de la tan anhelada ciudadanía, que según el contexto (Política Comunitaria Europea - EE.UU), sería prácticamente inalcanzable. En un ejercicio ponderativo, cual decisión judicial, el aforismo sería: *la libertad de circulación valdrá, lo que la seguridad colectiva diga*.

Por mucho que una norma (sea el reglamento de la circulación, sean los textos internacionales de derechos humanos) diga que “tenemos” los derechos, de pronto nos encontramos con la realidad, con los hechos concretos que vivimos y el resultado definitivo puede ser muy diferente para unos que para otros. Todo dependerá de la situación que cada uno ocupe en los procesos que facilitan u

⁵⁹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre 17 de 2003, p. 29.

⁶⁰⁰DE GUCHTENEIRE, Gush y PECOUD, Antoine. “Migración sin Fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas”. Op. Cit, p. 147.

⁶⁰¹SAGÜES, Néstor Pedro. Op. Cit, p. 458.

⁶⁰²Ibid, p. 458.

obstaculizan el acceso a los bienes materiales e inmateriales exigibles en cada contexto cultural para alcanzar la dignidad.⁶⁰³

En este punto es preciso subrayar, que de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “los individuos están protegidos por su condición de personas, y no por su nacionalidad y ciudadanía, y el ejercicio de sus derechos se realiza también en ámbitos supranacionales donde los procesos de integración no son la excepción, generando obligaciones ineludibles en materia de derechos humanos incluso en estos espacios”.⁶⁰⁴ Incluso si de personas apátridas se tratase, pues el valor reinante en la época de la humanización del derecho debería ser el trato con *Humanidad*.

El consenso mayor aceptado en la comunidad internacional, apunta a que los Estados pueden establecer incuestionables “distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular.”⁶⁰⁵ Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores.⁶⁰⁶

1) Contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

Observando el punto 3, –por no mencionar el 4 ni el 5, son ampliamente fáciles de inaplicar en caso de apelar a la protección de derechos humanos;

⁶⁰³HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Op. Cit, p. 33.

⁶⁰⁴AGUILAR CARDOSO, Luis E. Op. Cit, p. 12.

⁶⁰⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre 17 de 2003, p. 27.

⁶⁰⁶Ibid, p. 27.

nótese las marcadas políticas de antiinmigración que son en esencia discriminatorias–, tal interpretación en el intento de ser proteccionista pasa por ser un arma de doble filo para los mismo Estados, al quedar abierta a variadas justificaciones (especialmente la referencia a su relación con un interés legítimo del Estado).

Este interés legítimo no hay que ni demostrarlo, sólo hay que mencionar la palabra terrorismo⁶⁰⁷ –todo aquello que genera terror, descripción abiertamente ambigua–, para incluso tener la excusa perfecta, y muy fácilmente atacar territorio extranjero, sin el más mínimo respeto por los llamado derechos humanos. La razón de tal cosa es porque la sociedad en masa incita a la valoración de comportamientos que, debido justamente a su forma de masificación, se “constituyen una parte de un enorme daño total o de una considerable puesta en peligro. Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos –visibles o con piel de corderos– deambulando por ella”.⁶⁰⁸

Para no ir muy lejos, –los controles policiales y fronterizos –, cuando no la sospecha de terrorismo, aglutinan toda la sentencia sin juicio que podría recibir un inmigrante indocumentado, que de manera fulminante sería expulsado del territorio vagamente amenazado. A ello se debe que la sociedad actual debata casi diariamente y de manera incansable cuestiones de seguridad; hipócrita política que diferencia nuevamente a los poderosos de los excluidos.

Desde Roma hasta la actualidad, el inmigrante es un buen candidato a enemigo, lo que es altamente riesgoso, en una época de revolución comunicacional, que facilita y promueve los desplazamientos como nunca antes, en un planeta donde las expectativas de vida entre los países difieren en forma alarmante y la necesidad de sobrevivir deviene motor de las migraciones masivas,

⁶⁰⁷ MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco. “El terrorismo: la violencia sin rostro”. Revista CENIPEC, nº. 31, 2012, pp. 159.

⁶⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Op. Cit, p. 37 y 45.

al tiempo que la globalización promueve la libre circulación de capitales y mercaderías pero no la de humanos.⁶⁰⁹

WILL KYMLICKA, profesor canadiense de filosofía política, aborda este tema en su obra *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*. (Política vernácula), escrito sobre *nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, para advertir cómo la movilidad al interior de un país que es un derecho humano básico, es contrario a la movilidad transfronteriza, precisamente porque se sobrevalora la movilidad individual a la seguridad colectiva, la cual quedará protegida por los límites impuestos a la inmigración.⁶¹⁰ Por eso BAKUNIN⁶¹¹ expresó con brillantes, que “la libertad es la única condición bajo la cual la inteligencia, la dignidad y la felicidad humana pueden desarrollarse y crecer; no la libertad puramente formal concedida, delimitada y regulada por el Estado, un eterno engaño que en realidad no representa otra cosa que el privilegio de algunos fundado en la esclavitud del resto”.

Es un hecho notorio que la libertad de circulación entendida como derecho humano básico que consagra, “la facultad de desplazarse o circular libremente por todo el territorio de un Estado, así como de entrar o salir del mismo y de elegir libremente en él su lugar de residencia”,⁶¹² es constreñida gracias al predominio de diversos contraderechos, vale mencionar entre ellos, el orden público, la seguridad nacional, y los derechos y libertades de los demás. Aunque en el pasado, su soporte doctrinal apuntó a entenderla como un derecho por excelencia universal.

Tanto SUÁREZ como VITORIA dignos *ius internacionalistas* de mención, representantes del derecho internacional en su versión clásica, más conocida

⁶⁰⁹ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en derecho penal*. Op. Cit, p. 66.

⁶¹⁰PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 109.

⁶¹¹CHOMSKY, Noam. *Apuntes sobre el anarquismo, el marxismo y esperanzas sobre el futuro*. Op. Cit, p.18.

⁶¹²AGUILAR CARDOSO, Luis. Op. Cit, p. 15.

como *ius gentium* (Derecho de Gentes)⁶¹³, formularon en su momento: las bases de los deberes internacionales de los Estados *vis-à-vis* inclusive los extranjeros, en el marco del principio general de la libertad de circulación y de las comunicaciones, a la luz de la universalidad del género humano. Ya que la sociabilidad y solidaridad humana estaban presentes en toda la construcción doctrinal y la contribución de los teólogos españoles a la formación del derecho de gentes.⁶¹⁴ Sin más, letras muertas quedan en la historia, aunque el pasado amplio legado cultivó.

Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la "voluntad" de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.⁶¹⁵

Finalmente, la inmigración en sus variadas denominaciones, (irregular, ilegal) no por ello moral y políticamente correctas, expeditamente se resume, en una cuestión de seguridad y soberanía nacional, lo que efectivamente restringe el contenido efectivo del derecho a la libre circulación, mientras que, paradójicamente, el derecho a salir del país se presume puede ejercerse sin ningún tipo de limitación⁶¹⁶; el contrafreno está en el país receptor que elige a quién recibe. De este modo, los capitales pueden producirse "donde los costos salariales sean menores, y los trabajadores quedan presos en los territorios de sus

⁶¹³El *ius gentium* es "el que comprende aquellas normas y aquellos institutos que son comunes al ordenamiento jurídico romano y a los ordenamientos jurídicos de otros pueblos organizados como Estados, y que tanto en el primer ordenamiento como en los otros encuentran aplicación y reconocimiento". Cfr. HOYOS MUÑOZ, José. *Apuntes sencillos sobre derecho internacional público*. Medellín, señal editora, 1998, p. 75.

⁶¹⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-18/03, Op. Cit, párr. 5.

⁶¹⁵ Corte IDH. Op. cit. párr. 9.

⁶¹⁶AGUILAR CARDOSO, Luis. Op. Cit, p.12-15.

países, sin posibilidad alguna de ofrecer su trabajo donde haya demanda y los salarios sean mas altos”.⁶¹⁷

La movilidad humana por lo expresado termina siendo un fenómeno con muchas facetas, o dicho de otra forma, es un fenómeno multicausal. Derivado de las diferentes matices que impulsan a los individuos en la esfera planetaria, –en un mundo que dice estar globalizado–,⁶¹⁸ a salir casi de manera obligada de sus países originarios, pues ante un capitalismo que devora, la subsistencia a toda costa es la constante.

Sumado al marco descripto, se genera una pérdida global de valores, en donde el progreso, lejos de ser casi continuo, es mucho más parecido en su representación a la hoja de temperatura de un enfermo,⁶¹⁹ en una especie de marginalidad avanzada como sugeriría el sociólogo WACKUANT,⁶²⁰ pero no por falta de crecimiento económico sino por todo lo contrario.

Las promesas de la modernidad –la libertad, la igualdad y la solidaridad– siguen siendo aún, una aspiración para la población mundial,⁶²¹ pues hay un crecimiento que se caracteriza por ser desigual, un progreso que es inequitativo y trae consigo una inmensa regresión para los sectores más precarios de la clase trabajadora. Lo cual es ampliamente producido por los sectores más amplios de la

⁶¹⁷ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en derecho penal*. Op. Cit, p. 66.

⁶¹⁸Precisamente Saskia Sassen profesora de sociología de la Universidad de Columbia, apoya la idea de que las grandes ciudades de todo el mundo son el terreno adecuado para que una multiplicidad de procesos de globalización asuman formas concretas y localizadas. Pues las ciudades grandes también concentran una cuota cada vez mayor de poblaciones desaventajadas —inmigrantes en Europa y Estados Unidos, afroamericanos y latinos en Estados Unidos, masas de ciudadanos arracimados en chabolas en las megaciudades del mundo en desarrollo— podemos observar que se han convertido en un terreno estratégico para toda una serie de conflictos y contradicciones. Especialmente cuando los inmigrantes y las mujeres son actores importantes en las nuevas economías informales de estas ciudades; que absorben los costes de informalización de estas actividades. Cfr. Entrevista Saskia Sassen. [En línea]. <http://blogs.arteleku.net/zehar/wp-content/uploads/2008/01/saskia_sassen_esp_bindd.pdf>. [Fecha de consulta 29 de octubre].

⁶¹⁹DE GOYTISOLO, Juan Vallet. *Sociedad de masas y derecho*. Op. cit, p. 11-12.

⁶²⁰WACKUANT, Loïc. “Castigar a los parios urbanos”. En: *Oficios Terrestres*, Universidad Nacional de la Plata, año XI, No 17, 2005, p. 11 y 12.

⁶²¹SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 14.

economía, no los más atrasados. Por lo tanto, aparecen formas de marginalidades que están por delante de nosotros y no por detrás.⁶²²

Desde una mirada crítica, se podría optar por modelos mediadores en estos conflictos sociales, por ejemplo, el hecho que la economía deba ser controlada por la política. Pero no por cualquier política, sino por una política comprometida “no sólo con la libre circulación de los capitales, sino también con la libre circulación de las personas; una política ajena a cualquier violación de los derechos recogidos en los textos de derechos humanos; una política, en fin, que nos aporte mecanismos para poder resistirnos, inmigrantes y residentes, a un orden global injusto y desigual”,⁶²³ para contextualizar las polémicas en las que nos hemos visto insertos todos los que de un modo u otro estamos intentando concretar la idea de la dignidad desde el contexto del “nuevo espíritu del capitalismo”,⁶²⁴ ante la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos, que es finalmente el terreno más fecundo no sólo para la corrupción y el arbitrio,⁶²⁵ sino para fomentar la mundialización a costa de la exclusión.

2.3. El inmigrante como “enemigo-delincuente” y la “penalización” de las fronteras: a propósito de los centros de internamiento en España

Inicialmente la política criminal frente al inmigrante es de limitada legitimidad, ya que desconoce que éste, previamente, ha sido condenado a la marginalidad;⁶²⁶ esencialmente al sufrir condiciones inhumanas de existencia. Si se hace una lectura amplia, a cómo son vistos, no será una sorpresa advertir que se les relacione en los medios de comunicación masiva como los típicos delincuentes en potencia. Lo crucial para analizar aquí, es que esta etiqueta guarda por excelencia un clásico racismo punitivo.

⁶²²Ibid. p. 12.

⁶²³HERRERA FLORES, Joaquín. Op. cit, p. 156 y 93.

⁶²⁴Ibid, p, 156 y 93.

⁶²⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit, p. 16.

⁶²⁶TERRADILLOS BASOCO. Juan M. Op. Cit, p. 58.

Acudiendo a FOUCAUL,⁶²⁷ definiría el racismo como “la condición de aceptabilidad de la matanza en una sociedad en que la norma, la regularidad, la homogeneidad, son las principales funciones sociales. El racismo es la metafísica de la muerte del siglo XX”. Acervo descriptivo identificado cuando se armoniza el poder punitivo y criminalizante y el racismo como algo estructural siempre y en todo el mundo. El racismo es entendido en sentido estricto como: “el establecimiento de jerarquías biológicas entre hombres de diferentes culturas”.⁶²⁸ Ello ocurre al jerarquizarse biológicamente a seres humanos dentro de una sociedad, lo que se ha pretendido con las mujeres, ancianos, –inmigrantes– con los disminuidos físicos, enfermos, incluso con la consideración de los niños como salvajes.⁶²⁹

En todas estas complejidades siempre ha funcionando el esquema básico que se inserta de diferentes maneras en otras relaciones, que excluyen del poder y marginan socialmente a “disidentes, minorías sexuales, étnicas y culturales, personas con necesidades especiales, habitantes urbanos precarios, desempleados, (...), etcétera.”⁶³⁰ Por ende, no es absoluto casual que “en el caso de los hijos de inmigrantes, esa asignación se aplique a colectivos que ocupan posiciones subordinadas en la estructura social, subordinación que entraña el estar sujetos a ser heterodesignados, esto es, designados por otros distintos de ellos mismo y designados como otros”.⁶³¹

No hay duda entonces que el sistema penal opera también como una técnica de regulación de la marginalidad, laurel juzgado con la mejor reputación, en tanto se tiende a encerrar a quienes no tienen actividad lucrativa o cuya

⁶²⁷Foucault no habla del "Otro", ni de la alteridad, el diferente, ni emplea ninguna de las figuras de las morales de la tolerancia o de la hermenéutica de la comprensión. Sabe que éstas son otras figuras del poder. Su proyecto es genealógico, reconstruye la memoria de las luchas, postergada por la sonrisa de los triunfadores. Cfr. FOUCAUL, Michel. *Genealogía del racismo*. Alfredo Tzeibel, (Trad.), Prólogo de Tomás Abraham. La Plata: Altamira Ed, p. 1992, pp. 10-11.

⁶²⁸ZAFFARONI, Eugenio R. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”. Op. Cit, p. 84.

⁶²⁹Ibid., p. 84.

⁶³⁰ZAFFARONI, Eugenio R. *En torno de la cuestión penal*. Op. Cit, p. 17.

⁶³¹Cfr. GARCÍA BORREGO, Iñaki. “Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de “la segunda generación”. En Anduli: Revista andaluza de ciencias sociales, nº 3, 2003, p. 42.

actividad económica es ilegal. Esto es, por antonomasia, la gestión punitiva de la desigualdad urbana y la marginalidad,⁶³² con la implementación de un sistema penitenciario no sólo para frenar la delincuencia, sino también para regular los segmentos inferiores del mercado de trabajo.

Dicho de otra manera: “vivir el fuerte a costa del más débil, aniquilación del último en el conflicto con el primero, ésta es la forma de la convivencia en el mundo animal. La existencia asegurada a los más débiles y a los más pobres junto a los más fuertes y más poderosos, es la forma de convivencia en el mundo humano. Y sin embargo el hombre, históricamente, no ha tenido otro punto de partida que el animal (...).”⁶³³

En esta guerra de las razas y por su conversión en el racismo de Estado, los mecanismos de defensa de la sociedad se implementan desde los dispositivos disciplinarios y las estrategias biopolíticas. Sus enemigos son variados. El masturbador es una inquietud disciplinaria y el degenerado lo es de las teorías fisiológicas y biológicas.⁶³⁴ Hoy la etiqueta es ampliada como se ha descrito, a colectivos específicos: desde los negros/africanos; musulmanes, los más fieles sospechosos de terrorismo, hasta homosexuales e inmigrantes de países tercermundistas.

La ley del talión también aplicaría para los inmigrantes de “segunda”, su conversión sería: quien cruce la frontera “ilegalmente”, irá a centros de internamiento; aberración que peor que una cárcel, es una sentencia muy posiblemente en vida para el indocumentado que automáticamente pierde sus derechos sin opción de vida ante el cierre fronterizo.

Para un sector de la dogmática jurídico-penal, está adaptación a las nuevas necesidades político-criminales ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del Derecho penal, como “un subsistema de

⁶³²WACQUANT, Loïc. “Penalization, Depoliticization, Racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union”. Op. Cit, p. 84.

⁶³³IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Op. Cit, p. 120.

⁶³⁴FOUCAUL, Michel. Op. Cit, p. 10.

imputación dentro del conjunto global del sistema social global, a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal la confianza de los demás ciudadanos fieles al derecho”.⁶³⁵

Esto pone en evidencia que la teoría del estado peligroso,⁶³⁶ como producto de la escuela penal positivista e instrumento teleológicamente orientado hacia la defensa social, cobra singular importancia, sí se parte de la base de que por diferentes circunstancias sociales, se tiene mayor inclinación de llegar a ser *delincuente*.⁶³⁷ A ello obedece que el inmigrante llamado “ilegal” se convierta en el sujeto escogido para el discurso de la emergencia:

los centros de internamiento para extranjeros, verdaderos agujeros negros del Estado de Derecho, los invernaderos de plástico, donde los inmigrantes son degradados a meros cuerpos esclavizados por la agroindustria, los miles de prostíbulos, en los que las inmigrantes son retenidas y explotadas sexualmente,... son lugares todos donde la reducción de seres humanos a mero cuerpo, revela la significación biopolítica de las políticas de inmigración⁶³⁸ como constante.

En consecuencia, la “penalización” de las fronteras es la solución al manejo de los “sin papeles” a través de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Aquellos han aparecido en toda Europa para internar a inmigrantes que han recibido una orden de expulsión y están a la espera de su retorno. No son centros penitenciarios y los que son privados de libertad en ellos no han cometido delito alguno.⁶³⁹ Operan básicamente para la detención y custodia de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión. La finalidad declarada de los mismos es meramente preventiva y cautelar,⁶⁴⁰ sin ser una sanción penal.

⁶³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*. Op. Cit, p. 27.

⁶³⁶ CALVO BLANCO, Julián. Op. Cit, p. 43.

⁶³⁷ MATTELART, Armand. Op. cit. p. 36.

⁶³⁸ ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 152.

⁶³⁹ Ibid, p. 153.

⁶⁴⁰ SILVEIRA GORSKI, Héctor C. “Los centros de internamiento de extranjeros y el futuro del Estado de derecho”. *Mientras Tanto*, 83, 2002, p. 93.

En principio, al extranjero sin papeles sometido al procedimiento de expulsión se le concede –por ejemplo en España– , la posibilidad de alegar en el plazo de cuarenta y ocho horas, pero la administración no tiene que esperar a la resolución de dicha alegación para la ejecución de la expulsión, con lo que se produce una situación de indefensión y de ausencia de tutela judicial efectiva;⁶⁴¹ así, los derechos humanos desaparecen a la par que son reclamados.

La proliferación normativa apunta al “reforzamiento de los procedimientos de devolución así como la regulación de la estancia en los Centros de Internamiento por parte de los extranjeros”.⁶⁴² De manera que, la tesis Jakobsiana se mantiene, sí se sigue la línea de entender que el inmigrante como mera fuente de peligro “debe ser neutralizado del modo que sea, cueste lo que cueste”.⁶⁴³

Con todo, como en muchos casos resulta imposible averiguar el país de procedencia del inmigrante o no existe convenio de repatriación con el mismo, se le entrega una orden de expulsión y se le pone en libertad, por lo que en realidad más que del país se le expulsa del sistema de garantías jurídicas y se le coloca en una situación de total desamparo legal. Podría decirse que estas instituciones actúan de facto como «creadoras de extranjeros a-legales y marginales».⁶⁴⁴

La secuela inmediata es un escenario de flagrantes violaciones de los derechos humanos de un colectivo tratado como no-persona, que refleja como explica de LUCAS,⁶⁴⁵ la construcción del inmigrante como infrasujeto, ergo como infraciudadano, un *status* jurídico que se basa en la negación de los principios jurídicos más elementales; pues para los inmigrantes, por su construcción como

⁶⁴¹ Ibid, p. 94.

⁶⁴² VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. “¿Qué modelo migratorio propone nuestra normativa legal?”. Andrés Pedreño Cánovas, Manuel Hernández Pedreño (Coord). En *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Universidad de Murcia, 2005, p. 203.

⁶⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel. “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. *Jueces para la Democracia* 44, 2002, p. 20.

⁶⁴⁴ ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 153.

⁶⁴⁵ LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. “Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho, frente a los inmigrantes”. Op. Cit, p. 215.

extranjero, no valen las reglas del Estado de Derecho al contrario que para el ciudadano.

La clave de la justificación de ese *status* insiste el autor, es la dominación/subordinación y desigualdad/discriminación, junto a esa visión instrumental (el inmigrantes es solo un trabajador, es el vínculo entre la heterogeneidad social (cultura, nacional) del inmigrantes y desigualdad ante el derecho.⁶⁴⁶

La forma más fácil de reorientar el debate es a través de la no criminalización o descriminalización de los delitos de explotación laboral;⁶⁴⁷ aparece un círculo vicioso que se mantiene, no-son personas, pero ayudan siendo no-personas al mantenimiento del sistema, luego entonces, los CIEs se mantienen a toda costa bajo la cara de la legalidad del Estado que protege a sus ciudadanos, cueste lo que cueste. La excusa primaria seguirá siendo la defensa social y preservarse de amenazas externas y la mejor manera es un con un muro de contención. Para eso sirve la soberanía del Estado, para crear normas de antiinmigración.

Con ello se garantiza el mantenimiento de la desbalanza entre los que no merecen derechos de los ciudadanos dignos de los derechos humanos. Esto puede ser confirmado por el informe presentado en 2009 por el CEAR, –lectura que habla por sí sola, sobre la situación los CIEs en España, representada en el siguiente cuadro.

⁶⁴⁶ Ibid, p. 215-214.

⁶⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit, p. 43.

ILUSTRACIÓN No. 6. Violación de los derechos humanos por Los CIEs en España.⁶⁴⁸

	CIE MADRID	CIE MALAGA	CIE VALENCIA
HECHOS DE MAXIMA GRAVEDAD			
Torturas a Internos dentro del CIE	Convicción probada	–	Convicción
Medidas de apoyo a la garantía de derechos: • Ausencia de sistemas de identificación de los policías • Zonas grises en el sistema de video-control • Negativa a elaborar partes médicos o a la documentación de lesiones por parte del personal médico del centro.	Convicción Probada	Convicción probada	Convicción probada
	Convicción probada	Convicción probada	Convicción probada
	Convicción probada	Convicción probada	Convicción probada
Imposibilidad de acceso directo del interno al juez o fiscal para expresar quejas o denuncias.	Convicción probada	Convicción probada	Convicción probada
OTROS ELEMENTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA			
Sistema de quejas y peticiones inexistente o inadecuado	–	–	Convicción
Celdas de aislamiento que incumplen normas de uso, comunicación y registro	Convicción	Convicción	Convicción
Ausencia de los datos obligatorios en la ficha que permitirían al interno saber quién es su letrado o contactarle	Convicción	Convicción	Convicción

Para observar a mayor profundidad las principales contradicciones presentes en estos centros, basta con releer lo manifestado por –CEAR–, pues al recoger los principales motivos⁶⁴⁹ de disconformidad de las Organizaciones No Gubernamentales con el Sistema de Centros de Internamiento, desarrolla los siguientes:

⁶⁴⁸ Cfr. CEAR. *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*. Pau Pérez-Sales (dir.). Informe Técnico realizado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS 2009, p. 26.

⁶⁴⁹ Ibid, p. 44. Por un lado el hecho de tener un decreto de expulsión hace que cualquier petición para regularizar su situación será rechazada de oficio, aunque la persona cumpla todos los requisitos de arraigo. Por otro es una persona “inexpulsable”, puesto que concurren las causas que impidieron su expulsión durante su estancia en el CIE (generalmente no reconocimiento como connacional por la embajada de su país) y en todo caso no puede volver a ser internado en el CIE por el mismo motivo. Se trata por tanto de extranjeros que están condenados a permanecer en condición administrativa de indocumentados mientras permanezcan en España.

«1. Creación de una categoría de sujetos regidos bajo un régimen de excepcionalidad sin garantías. Creación de una bolsa de personas sin papeles. Aquellas personas que, teniendo un decreto de expulsión, transcurrido el plazo máximo legal de “retención” deban ser puestos en libertad ante la imposibilidad de ejecutarla, quedan, como inmigrantes, en tierra de nadie.

2. Los CIE tienen una estructura equivalente a la de una cárcel, pero sin las instalaciones, dispositivos y personal de una institución penitenciaria. Ello conlleva:

- a. Efecto criminalizador. Las personas detenidas son a efectos prácticos tratados como delincuentes, lo que no sólo es vulnerador de derechos, sino que causa un profundo impacto personal y emocional tanto en los propios detenidos como en las autoridades y población de los países a los que pertenecen.
- b. Se carece de personal que atienda a las necesidades sociales y personales de los internos (educador, trabajador/a social etc.) y el personal de seguridad (funcionarios de policía) carece de formación específica (habilidades para el trabajo con grupos de personas, contextos interculturales etc).
- c. Se carece de actividades o rutinas adecuadas a la duración del internamiento.

3. Por otra parte, la Orden Ministerial, del 22 de Febrero de 1999 sobre Normas de Funcionamiento y Régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros, presenta importantes lagunas».⁶⁵⁰ Lo grave del asunto, es, que lejos

⁶⁵⁰Ibid, p. 44-45. Entre las más relevantes se destaca la ausencia de normativa de sanciones y criterios para el uso de la fuerza, quedando a la discrecionalidad del Director y el Jefe de Seguridad, sin obligación de notificación al Juez de no mediar lesiones graves. Por lo que las medidas correctivas y sanciones individuales o colectivas o uso de celdas individuales, dejarían a su criterio lo que sería la severidad de la transgresión y la proporcionalidad de la pena. Cabe señalar no obstante, que la reforma recién aprobada de la Ley en octubre del 2009, prevé la existencia de mayores controles en este sentido.

de parecer “centros de internamientos” son cárceles temporales que no respetan en todo o en parte los derechos humanos de la población inmigrante ahí retenida, dejándolos a primera vista en un extendido limbo jurídico, matándolos en vida. Visto de este modo, las analogías con la figura del *homo sacer* analizada por AGAMBEN resultan patentes:

Si los sujetos ya han sido expulsados, no son, para decirlo de alguna manera, existentes en el territorio del Estado desde el punto de vista jurídico. La situación de excepción que se crea es que las personas detenidas en esos centros no tienen asignado ningún estatuto jurídico. Es como si su existencia física hubiese sido separada de su estatuto jurídico». La existencia de los centros de internamiento para extranjeros revela a esencia biopolítica del control de los flujos migratorios.⁶⁵¹

El horror de quienes han padecido en los CIEs, lo ratifica; datos de entrevistas muestran una lectura decisiva: “Hay cosas horribles para las que no hay palabras...” “*Siento que he perdido cinco años aquí. Esperaba tener papeles, dinero, hacer negocios, pero nada. He perdido cinco años y esos ya no vuelven*”. “*La injusticia, la violencia... Se pueden explicar. Pero el horror que he vivido no se explica...*”.

“*La gente que he visto morir por el camino...*”. “*A veces es difícil poner palabras a lo que se ha vivido, porque los recuerdos hacen mucho daño...*”. “*Hay cosas inexplicables...*”.

Siempre hay palabras para explicar el horror: “*Todo lo ocurrido en la vida... se puede describir... Aunque duela mucho*”. “*Por la situación en la que estoy, encerrado en el CIE... me han tratado como un animal*”.⁶⁵²

Es un hecho notorio que el fenómeno de la inmigración exige reconocer los centros de internamiento, las legislaciones y políticas de excepcionalidad, la criminalización de la inmigración sin papeles, etc., como la otra cara de la nueva flexibilidad del capitalismo, es decir, como metáforas del control despótico sobre la

⁶⁵¹ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 153-154.

⁶⁵²Cfr. CEAR. *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*. Op, Cit, p. 153.

movilidad de la fuerza de trabajo.⁶⁵³ Economía de la emigración que nos empuja a una época de bárbaros, NAÏR lo explica con lo siguiente:

Dover, 19 de junio de 2000: cincuenta y ocho muertos. Málaga, 20 de junio de 2000: detenidos treinta y tres emigrantes clandestinos amontonados en un camión. Estrecho de Gibraltar: todos los días, las pateras encallan en las playas españolas. Frontera entre Italia y Francia, Frontera entre Alemania y Polonia, frontera entre Francia e Inglaterra, fronteras, fronteras...Sí, en la Europa rica sólo quedan fronteras para los pobres, los pairas de la tierra. Cincuenta y ocho muertos en Dover: no es un drama, es un pequeño holocausto.⁶⁵⁴

Los CIEs son una pieza del sistema de explotación del capitalismo globalizado sobre los movimientos migratorios.⁶⁵⁵ Las migraciones masivas se han vuelto necesarias para la producción; cada camino está forjado, mapeado y transitado. Pareciera que cuanto más intensamente es transitado y cuanto más sufrimiento se deposita en él, más se vuelve productivo cada camino.⁶⁵⁶

Es un hecho notorio que “la infraestratificación del mercado de trabajo por medio de los y las inmigrantes, sobre quienes recaen, gracias a las legislaciones y política de excepcionalidad, la máxima precarización y vulnerabilización como trabajadores y trabajadoras, es una estrategia de dominación que tiene que ver con el sistema productivo y la lucha de clases nunca del todo pacificada”.⁶⁵⁷ Situación que avanza a pasos descomunales aumentando las olas de marginalidad.

Por consiguiente, las políticas de enemistad regidas en la regulación de los CIEs, y aún más, las medidas disfrazadas en políticas de integración de la población inmigrante, terminan siendo precisamente eso, es decir, todo un disfraz; la población inmigrante no podrá integrarse nunca, pues ante la persecución por su “ilegalidad”, terminarán siempre en la intemperie, y cuando no, muertos

⁶⁵³ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 154.

⁶⁵⁴NAÏR, SAMI. *La Europa Mestiza*. Op. Cit, p. 429.

⁶⁵⁵ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 154.

⁶⁵⁶HARDT Michael y NEGRI, Toni. Op. Cit, p. 345.

⁶⁵⁷ZAMORA, José Antonio. Op. Cit, p. 154.

intentando cruzar para llegar. Lo anterior confirma que los sistemas democráticos como afirma PORTILLA,⁶⁵⁸ han vuelto a generar muertos en vida, espacios de exclusión del derecho en los que la norma consiente la supresión de la “nuda vida” a través de la eliminación absoluta de las garantías.

Es evidente que por el afán de crear una sociedad segura, lejos de malestares y peligros, se ha distorsionado indistintamente en cada época la forma de crear y aplicar el derecho, pero la tradición jurídica demuestra que en diferentes contextos históricos el sistema siempre ha pensado el derecho, en pro de tratar a los enemigos, –las políticas de antiinmigración e incluso los CIEs dan fe de ello–.

Lo visible es pues, que los CIEs son centros que terminan siendo peor que una cárcel para el inmigrante “ilegal” y por tanto “delincuente”. Sanción que termina siendo igual que una pena para reafirmar la omnipotencia del verdugo. Así se castiga a los pobres, con técnicas que desvían la atención para validar comportamientos antijurídicos: “la penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los ‘problemas’ sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado”.⁶⁵⁹

Con la supresión de los derechos humanos, “sí hasta ahora la soberanía política ha sido el judío en el campo de concentración, en estos momentos, tanto el inmigrante “ilegal” como el presunto terrorista ocupan su lugar”.⁶⁶⁰ Como se advierte, este es un tema alarmante en un momento en que las variantes del populismo penal, está a la orden del día en casi todos los países occidentales:

Luchar contra el crimen en todas partes, ha sido elevado al rango de prioridad del gobierno, "insecurity" entendida en sentido estricto, para la clase baja, el infractor de la calle, a pesar de la creciente ola de criminalidad corporativa –se ha convertido en un

⁶⁵⁸PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 103-104.

⁶⁵⁹WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres*. Op. Cit, p. 25.

⁶⁶⁰PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 103-104.

conductor de las campañas electorales y las materias primas para la reafirmación de la soberanía del Estado—. ⁶⁶¹

En definitiva, quien ostenta el calificativo de inmigrante “ilegal” no saldrá para nada bien librado, sí se hace además, un análisis con perspectiva de género que vincule directamente los derechos humanos de las mujeres, arrojaría que: “la clandestinidad llega a ser uno de los factores determinantes de la explotación sexual de inmigrantes obligadas a prostituirse. Cuya absoluta indefensión les impide una resistencia eficaz frente a las redes de tratos de personas. Recordando además, que según fuentes concordantes, el porcentaje de mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución supone más del 90% del total”. ⁶⁶² Aparece una radical discrepancia, de manera que, cualquier estrategia de política criminal que desconozca estos elementos obvios, está condenada al fracaso. ⁶⁶³

Lo preocupante es que la persecución será una presencia hereditaria, pues además de catalogar a personas como inmigrantes, –término que arrastra un lastre peyorativo–, ⁶⁶⁴ sus descendientes a su vez, heredarán la etiqueta, ello lo demuestra el hecho de que en su gran mayoría, los hijos de inmigrantes, sean hoy en día niños cuyo porvenir está aún por definir: “(mañana adolescentes, pasado mañana jóvenes... ¿“integrados”? ¿conflictivos?), hace de ellos una de las cajas de resonancia de las expectativas, fantasmas y temores de la sociedad española sobre su futuro, incierto en tiempos de “globalización de los riesgos civilizatorios” y más para una sociedad cuyo acelerado proceso de cambio desdibuja los

⁶⁶¹ WACQUANT, Loïc. From ‘public criminology’ to the reflexive sociology of criminological production and consumption. A review of public criminology? by Ian Loader and Richard Sparks (London: Routledge, 2010). En *Brit. J. Criminol*, 51. Published by Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Studies (ISTD). 2011, p. 438. Visto en: <<http://burawoy.berkeley.edu/PS/Wacquant.pdf>>. [Consultado 8 de octubre de 2013]. This is an urgent topic at a time when variants of penal populism rule the day in nearly all Western countries: crime fighting has everywhere been elevated to the rank of government priority and ‘insecurity’—understood narrowly in strict reference to lower-class street offending, despite the mounting wave of corporate criminality—has been turned into a driver of election campaigns and raw materials for re-asserting state sovereignty. (Traducción no oficial).

⁶⁶² TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit, p. 53.

⁶⁶³ *Ibid*, p. 53.

⁶⁶⁴ GARCÍA BORREGO, Iñaki. Op. Cit, p. 29.

referentes culturales de una modernidad aún no del todo digerida y siempre en tránsito”.⁶⁶⁵

Sí se apoya en la praxis jurídica concepciones como las descritas, me atrevo a afirmar que estamos ante una involución no sólo de la dogmática jurídico-penal, sino del propio Estado Social y Democrático de Derecho, para justificar, irradiar o apoyar, toda clase de actuaciones represivas para validar un derecho a la seguridad de los poderosos no excluidos del sistema, pues el derecho así concebido, en tanto instrumento represivo, es sólo lo que dicen quienes tienen el poder de control social, lo cual significa una batalla perdida en luchas ya ganadas.

2.3.1. La complementariedad de los CIEs con el sistema jurídico penal español

En el caso de los “indeseados” en el territorio español, la inmigración también está teniendo, “como no podía ser de otro modo en una evolución de tanta relevancia social, una gran repercusión en el ámbito del sistema jurídico penal. Esta repercusión se manifiesta tanto en el plano de las infracciones, en la medida en que la preocupación por la creciente llegada de ciudadanos extranjeros ha llevado consigo la tipificación de determinadas conductas relacionadas con la propia actividad migratoria, como en el plano de las sanciones, toda vez que la figura del inmigrante como autor de delitos ha cobrado especial relevancia en el debate público y ha conducido a la inclusión de una medida tan particular como es la expulsión”.⁶⁶⁶

Esto puede verse de forma convincente en el proyecto de reforma al Código Penal (CP) español aprobado recientemente –al finalizar el año 2013–, que incorpora fehacientemente el debate sobre el Derecho penal de la peligrosidad, pues “el resultado de la aplicación de planteamientos político-criminales en clave puramente represivos para acabar con los males que, parece preocupan en la

⁶⁶⁵Ibid. p. 41.

⁶⁶⁶CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GÓMEZ, Mario “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, *Revista CENIPEC*, nº 25, 2006, p. 36-37.

actualidad, cual es la inseguridad ciudadana”,⁶⁶⁷ se viene incrementando desde la Ley Orgánica del 11/2003 con el controvertido art. 89 del CP.

La reforma propuesta le apunta directamente, en el caso *sub examine*, a la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad, pero traslada la medida de expulsión a cualquier extranjero sea cuál sea su situación de legalidad, es decir, no diferencia en el tratamiento a los y las inmigrantes en territorio español independientemente de que estén o no, en situación irregular, ya que se entiende de manera implícita que puede ser impuesta a cualquier extranjero, medida que antes estaba determinada específicamente para inmigrantes sin permiso de residencia.

Así pues, el legislador tácitamente se limita a “crear nuevas realidades normativas, sin fundamentación alguna –o con justificaciones que no pasan de ser meras reafirmaciones de prejuicios xenófobos corrientes–”,⁶⁶⁸ para expulsar en principio, a los extranjeros sin residencia legal en el supuesto de penas privativas de libertad inferiores a 6 años.

Asimismo, la reforma mantiene la posibilidad de “que si se acuerda la sustitución de la pena por la expulsión, y el extranjero no estuviera ya en prisión provisional, el juez pueda acordar el internamiento en el CIE para asegurar la expulsión. Hay que tener en cuenta conjuntamente, que el tiempo de permanencia en el CIE no es abonable al tiempo de cumplimiento de la condena.”⁶⁶⁹ En suma, la expulsión del extranjero es “el único caso en el CP español en el cual la renuncia a

⁶⁶⁷ GUIASOLA LERMA, Cristina. “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 203.

⁶⁶⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit, p. 81.

⁶⁶⁹ Con el mantenimiento de esta medida, el Legislador ha perdido también la ocasión de aplicar la jurisprudencia que ha venido revocando este tipo de prácticas, al entender que “la realidad fue que, durante el procedimiento, éste (el extranjero) se había encontrado, en todo momento, a disposición de la autoridad judicial, y en ningún momento se había sustraído a la acción de la Justicia. Cfr. Plataforma No Somos Delito. *La reforma del código penal: Un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas*, 2014, p. 17. En: <http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/estudio_completo_cp.pdf>.[Consultado 17 de mayo de 2014].

la privación de libertad se extiende a supuestos donde los criterios de prevención general y especial claramente indican la necesidad de sanción”.⁶⁷⁰

Régimen jurídico que, en todo caso, parece ser la regla general y no la excepción a la norma, pues no procederá la sustitución sólo cuando “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”.

Por tal motivo, la configuración normativa de “estas instituciones, su aplicación y su manejo en el debate político-criminal indican que el Derecho penal español está siendo utilizado –en el marco del llamado “Derecho penal” del enemigo– como instrumento para subrayar una política de exclusión social dirigida a determinados inmigrantes, y por ello requiere de profundas reformas”.⁶⁷¹

Se puede decir que es una política migratoria con respecto al delincuente extranjero “a la que le importa poco, o nada, la previsión constitucional referente a su reeducación o reinserción; sin contar con que, tampoco parece importarle nada la finalidad preventivo general de la pena y *el efecto criminógeno que pudiera tener la medida de expulsión como consecuencia de la comisión de un delito*”.⁶⁷² Máxime porque esta política analizada desde cualquier punto de vista es una flagrante violación a los derechos humanos de la comunidad de inmigrantes, precisamente por la cosificación que parece ser inherente a todo aquel que no goce del bien privilegiado trato de “europeo comunitario”. En suma, como se explicará en el capítulo siguiente, el caleidoscopio del derecho penal del enemigo aplicado a distintos actores se amplía de país a país y de norma a norma, y las víctimas, en muchas ocasiones, no encuentran amparo en creación normativa existente dada las fuerzas de poder que están detrás del “enemigo” público.

⁶⁷⁰LAURENZO COPELLO, Patricia. Prólogo en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tiran lo Blanch, 2002, p. 13.

⁶⁷¹CANCIO MELIÀ, Manuel. MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit, p. 33.

⁶⁷²MUÑOZ LORENTE, José. “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2da Época, nº extraordinario 2, 2004, p. 406.

CAPÍTULO III. DERECHO PENAL Y PROCESAL DEL ENEMIGO: ESTUDIO DE CASO COLOMBIA

América Latina ha sido en los últimos años el gran referente “para los estudiosos de las transiciones políticas y para los agentes encargados de llevar a cabo tales transiciones. Por ello, mirar el caleidoscopio latinoamericano, sin embargo, nos lleva a visualizar un conjunto de diferencias obtenidas en los procesos de transiciones que impactan en cada realidad local de manera diferente”.⁶⁷³ Al respecto, aunque ostenta el carácter de una democracia bastante sólida, el caso colombiano es paradigmático,⁶⁷⁴ sobre todo en cuando a la defensa de los derechos humanos por los persistentes modelos de políticas securitarias implementados a lo largo de la historia. En ellos el poder punitivo ha operado tratando algunos seres humanos como si no fuesen personas, para luchar contra latentes factores de riesgo social, hechos que la propia legislación en algunos contextos ha autorizado.

Como se esbozó con anterioridad, el derecho penal del enemigo, como fenómeno que alerta sobre las bruscas tendencias del derecho penal al asumirse para y por el “enemigo”, también está llamando la atención en la manera de aplicar el derecho en el ámbito procesal, situación que hace cuestionar la forma como se está reformulando la principialística heredada con la tradición del Derecho penal liberal clásico, por la forma en que se están reduciendo desde hace algunos años, ciertas garantías procesales, dada la conversión del “otro” en enemigo, sobre todo en el contexto de la lucha antiterrorista, en la problemática general del crimen organizado, y en la internacionalización de la criminalidad.⁶⁷⁵ Escenario que constituye uno de tantos dilemas que se debaten en la coyuntura política y jurídica actual de algunos Estados democráticos en el modelo del Estado Social de Derecho.

⁶⁷³CARDOZO, José Eduardo. *Justicia Transicional. Manual para América Latina* F. Reátegui, (ed.). Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil. 2011, p. 13.

⁶⁷⁴Cfr. APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”. Op. Cit, p. 206.

⁶⁷⁵Ibid, p. 206.

Para ejemplificar casos hay múltiples acontecimientos que pueden ser traídos a contexto,⁶⁷⁶ pero para lo que aquí se expone, se relacionará el escenario colombiano como un prototipo de constante aplicación de derecho penal y procesal del enemigo⁶⁷⁷, por las repetidas circunstancias que han venido acompañando la forma de contrarrestar a ciertos actores en un fenómeno bien particular y no menos complejo: *el conflicto armado*. Consolidado de forma incipiente desde la década de los 50s, y con el cual Colombia ha vivido en una lucha constante de más de 60 años, por la búsqueda de la igualdad y de unos estándares mínimos de bienestar, o mejor aún, en una lucha persistente por la búsqueda de un vivir con dignidad, circunstancia que aún perdura en la época actual.

⁶⁷⁶La legislación chilena, construye por ejemplo, el concepto de terrorismo sobre la base de los efectos o resultados, alarma pública que puede llegar a causar la actividad terrorista. Bajo este prisma muchas conductas ajenas a la naturaleza de esta actividad pueden llegar a ser calificadas como tales. Por lo demás, la alarma pública no es privativa de delitos de terrorismo pudiendo también serlo delitos comunes: aumento de delitos contra la propiedad, incendios provocados, etc. Además el adelantamiento de la punibilidad se observa a través del castigo de actos preparatorios, ej. Financiamiento de una organización terrorista (art. 8 de la LCT) y la relativización de garantías se concreta en allanamientos frecuentes muchas veces sin órdenes judiciales, intervención en las comunicaciones. (ej. Caso de abogados de comunero Mapuche) excesos en el uso de la fuerza por parte de carabineros durante los procedimientos que van desde destrucción de enseres domésticos y comida hasta golpes a los comuneros, malos tratos de obra a mujeres y niños, insultos racistas. Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. "El Mapuche como enemigo en el Derecho (Penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo". En *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. [En línea]. <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf>, 2009, p. 15. También véase, *El derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas Mapuche*. Investigación de la Universidad Central de Chile, [En línea]. Octubre de 2008. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina03_1.pdf>. En México *Verbi gratia*, se regreso al concepto de cuerpo del delito, y aunando a ello se dejó constancia de una política criminal orientada hacia el endurecimiento estatal, lo que llevo a expedir la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada., un ordenamiento según el cual era indispensable para enfrentar y combatir el crimen internacional. Con ella se implementó la limitación de beneficios preliberacionales para ciertos delitos, se incrementó la parte especial, dando paso a la creación de nuevos tipos penales, y se aumentaron penas a muchas figuras delictivas, además de incrementar también los pasos de prescripción. Cfr. MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel. "¿Derecho penal del enemigo en México?". Sergio García Ramírez y Olga Islas de Gonzáles (Coordrs). En: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos Comparados*. Séptimas jornadas penales. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007, p. 594.

⁶⁷⁷ RUIZ, Adriana María; MESA, Jaime Andrés. "2Consideraciones sobre el enemigo público en Colombia: 1998-2009". *Boletín de Antropología*, 2013, vol. 28, nº 45, p. 42.

Con estas precisiones, este capítulo pretende abordar los diferentes modelos de políticas securitarias que se han desarrollado en el caso colombiano, caracterizado básicamente por la implementación firme de estados de excepción, evento en el cual, lo que hoy suele denominarse *derecho penal de emergencia* como derecho penal del enemigo, ha sido un factor determinante. Situación que se ha llevado a cabo en la lucha contra el debilitamiento político y militar de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) para contrarrestar, en principio, el terrorismo y todas las perversidades derivadas del conflicto armado.

3.1. Los derechos humanos: un contrasentido en las políticas securitarias en Colombia

Colombia es una paradoja en lo que se refiere al tema de los derechos humanos. Hay un consenso generalizado de atribuirle el crédito de ser una de las democracias más antiguas de América Latina, sus gobernantes han sido elegidos democráticamente por medio del sistema de votación, además, a diferencia de Argentina y Chile, ha tenido una dictadura militar muy corta en los años cincuenta del siglo pasado. No obstante, detrás de todo esto se esconde la barbarie en un país con múltiples conflictos sociales, políticos, económicos, culturales y militares, que lo colocan en una situación constante de guerra con características muy complejas.⁶⁷⁸

Sumado al marco descripto, a lo largo de la historia sus gobiernos se han comprometido en la defensa, promoción y garantía de los derechos humanos, adoptando legislaciones internas, adhiriendo y firmando convenios y pactos internacionales en derechos humanos y derecho internacional humanitario⁶⁷⁹. Pero en un contrasentido se han desplegado acciones contrarias a los mismos pactos ratificados. Manifestaciones que se han desarrollado como expresa

⁶⁷⁸SEMBRAR. Colombia: Violencia y derechos humanos. "La única opción es luchar por la vida". L. Nieto Pereira, (Coord.). Ed. Paz con Dignidad. 2005, p. 2. Recuperado de [http://www.revistapueblos.org/old/IMG/pdf_Cuaderno_ColombiaDDHH.pdf].

⁶⁷⁹Ibidem

APONTE,⁶⁸⁰ porque se trata de un país que ha vivido de manera dramática las relaciones violencia y democracia, entre legitimidad y violencia; especialmente entre guerra y política, guerra y derecho, en el cual su derecho penal y su derecho público en general, han sido marcados por estas relaciones.

Por ello la doctrina consecuente con el principio del Estado de Derecho debe tratar de limitar y reducir, o, al menos, acotar el fenómeno para que no desaparezca el modelo de Estado,⁶⁸¹ ante la clarísima y oportuna descripción de los efectos de la doctrina de la seguridad nacional sobre el sistema penal que en su momento enunciara la profesora ANIYAR DE CASTRO.⁶⁸²

En lo que se refiere al Derecho penal en particular, en la Constitución se han encontrado los medios necesarios a través de diversas reformas, para amparar la doctrina de la seguridad nacional que viene impuesta desde Occidente con el paradigma de la tolerancia cero, sobre todo en lo que se refiere a la relación entre guerra, derecho y política. Pues las garantías ciudadanas se han visto lesionadas en ocasión al conflicto armado,⁶⁸³ y muy particularmente, teniendo como pretexto la lucha contra el terrorismo, con la creación de un derecho extremo, y en ocasiones perturbador más que pacificador. Así, lo que se está construyendo es un modelo de control social preventivo/punitivo del terrorismo.⁶⁸⁴

Este panorama ha suscitado a lo largo de los años plena defraudación en el Derecho, con una fuerte tendencia al escepticismo producto de diversas circunstancias que, muy puntualmente, atienden a un problema estructural que pervive con el paso del tiempo. Por ende, el conflicto armado es sólo una de las tantas manifestaciones ocasionadas por la generalidad de necesidades

⁶⁸⁰ APONTE, Alejandro. "Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra". Op. Cit, p. 206.

⁶⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en derecho penal*. Op. Cit, p, 2006, p. 11.

⁶⁸² Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos*. Criminología axiológica como política criminal. Buenos Aires: Del puerto, 2010, p. VIII.

⁶⁸³ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 50-51.

⁶⁸⁴ Martínez Rincones, José. "El terrorismo: la violencia sin rostro". Op. Cit, p. 159.

insatisfechas, al no crearse vías legales y procedimentales para contrarrestar dicha situación.

Dicho contexto ha involucrado, incluso, el paso de la Constitución de 1886 a la Carta Magna de 1991, con una frecuente mal utilización de la democracia como fuente de defensa de la seguridad nacional, pues la misma Constitución ha sido víctima de variadas reformas por intereses personalísimos de quienes ostentan el poder, que han visto en el conflicto armado el escenario perfecto para cambios legislativos en los que se han involucrado decretos de emergencia y continuos estados de sitios por la situación agravante del conflicto, sobre todo para la época en que otros fenómenos como el narcotráfico lo integraron con la aparición de los carteles de la droga. Esto desencadenó a su vez, lo que se ha denominado guerra de guerrillas.

3.1.1. La aplicación de un derecho penal y procesal del enemigo bajo la doctrina de la seguridad nacional en Colombia

Desde épocas pasadas el Estado colombiano ha desarrollado políticas de seguridad encaminadas a la defensa del individuo en la salvaguarda de la soberanía del Estado. Empero, en diversas circunstancias las medidas adoptadas han sido en sí mismas violatorias no sólo de Derechos Humanos sino de las normas del derecho internacional humanitario, lo cual debe permitir reflexionar sobre disposiciones que lejos de proteger, violentan las garantías mínimas propias de un Estado Social de Derecho como el que rige actualmente en el Estado colombiano. Medidas que tanto a nivel sustancial como procesal llaman la atención por la forma como se crea y recrea el derecho.

Este referente puede verse reflejado, como explica la Comisión Internacional de Juristas,⁶⁸⁵ desde los principios de la década de 1960, donde los sucesivos gobiernos respondieron a la lucha armada de las guerrillas con una política contrainsurgente fundamentada en la Doctrina de Seguridad Nacional, promovida por los Estados Unidos a partir de la Guerra Fría.

Esta es la razón fundamental por la que EE.UU sigue colocando la mira en países sudamericanos; no es gratuito que Colombia empiece a tener el lugar de principal receptor de armamento estadounidense. La génesis no es difícil de ver: “el terrorismo de Estado turco ya había tenido éxito, pero no el colombiano. En los años noventa y en esta nueva era de la ilustración, Colombia ha ostentado de lejos el peor expediente de derechos humanos del Hemisferio Occidental, siendo todo ese tiempo el mayor receptor americano de armas y adiestramiento militar de Estados Unidos, correlación esta que ha sido bien probada y que despertaría más que un leve interés si llegara a saberse por fuera de los círculos académicos y disidentes”.⁶⁸⁶

En suma, esto ha posibilitado la creación de diversas regulaciones que se puede decir han sido propias de un derecho poco respetuoso de los derechos humanos, sobre todo cuando se habla de un Derecho penal basado en una lectura radical de la noción de seguridad, “con la criminalización y persecución indiscriminada de todo tipo de actores, que se movían (...) en lógicas de acción política distintas a las de la actuación guerrillera, que era el paradigma de la violencia política, pues el guerrillero constituía el gran enemigo. A su lado se criminalizaron otros actores, como ciertos sectores de la opinión pública, miembros

⁶⁸⁵Comisión Internacional de Juristas. *Colombia: Socavando el Estado de derecho y consolidando la impunidad*. 2005, p. 4. [En línea]. Recuperado de: <<http://www.refworld.org/docid/48a928210.html>>

⁶⁸⁶CHOMSKI, Noam. *Hegemonía o supervivencia: el dominio mundial de EE.UU.* Carlos José Restrepo, (Trad). Bogotá: Grupo editorial Norma, 2004, p. 87.

de los partidos políticos de izquierda, estudiantes, campesinos, obreros, y otros actores que fueron perseguidos a través del derecho penal”.⁶⁸⁷

En tal sentido, en Colombia se ha adoptado como doctrina militar la Seguridad Nacional, promovida por distintos y sucesivos gobiernos. Aunque realmente esta doctrina no llegó a los niveles alcanzados en otros países de la región, donde fueron instaurados en la década de los 70 regímenes militares, esta ha estado en el corazón mismo de la doctrina de las Fuerzas Armadas. Razón aplaudida en nombre de la defensa de la libertad y de los imperativos de la seguridad nacional, pues se sigue construyendo e imponiendo una “definición del enemigo cada vez más borrosa; tan borrosa que ha permitido y sigue permitiendo todos los abusos.”⁶⁸⁸ Y es claro, que sin el respeto por los Derechos Humanos no se puede hablar de Estado de Derecho.

Si se quiere aceptar lo anterior, es menester precisar que las políticas securitarias a implementar, como manifiesta FERRAJOLI,⁶⁸⁹ deben partir de la base que el *ius puniendi*, “además de procurar el máximo bienestar posible de los no desviados, ha de buscar también el mínimo malestar necesario de los desviados”, en la búsqueda no menos compleja de garantizar la efectiva protección de sus derechos. Lo claro es, como muy bien describe Díez,⁶⁹⁰ que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro, el modelo penal de la seguridad ciudadana. Precisamente para combatir una sociedad que se asume en el riesgo, por actos latentes de peligro, en cabeza de la criminalidad organizada.

⁶⁸⁷ APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”. Op. Cit, p. 210.

⁶⁸⁸ MATTELAR, Armand. Op. Cit, p. 284.

⁶⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997, p. 331-332.

⁶⁹⁰ Díez-RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(1), 2005, p. 2. [En línea]. Recuperado de <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

Por tanto, lo que se intenta es castigar y controlar al enemigo incorregible que no respeta el derecho vigente, aquellos que, en palabras de FOUCAULT,⁶⁹¹ serían los anormales por aniquilar, en un sistema penal que fabrica culpables.⁶⁹² De esta manera se ha fundamentado una doctrina del shock,⁶⁹³ aprovechando los momentos de crisis y desestabilidad, y se han explotado las circunstancias de miedo, guerra y tensión, para crear normativas antagónicas a la idea de democracia, en el modelo de Estado Social de Derecho. Este hecho se refleja en la aceptación sin límites de un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales.⁶⁹⁴

Con todo lo que ha implicado esta lucha a lo largo de la historia y con las diversas medidas legislativas adoptadas, actualmente bajo la tutela de la Constitución de 1991, no se puede seguir admitiendo la vulneración de derechos humanos de carácter fundamental, en lo que se refiera a la defensa de ciudadanos desde el derecho, sobre todo cuando se tratan tensiones directamente enfrentadas a la tutela de los derechos humanos. Ante estas involuciones, la comunidad jurídica colombiana se encuentra dividida entre aquellos que:

son partidarios de una especie de pacificación eficientista, que hace uso del derecho penal como *prima ratio*, y alejados de los derechos y de las garantías, y aquellos que, conforme a los dictados de una aún joven Constitución Política, apuestan por un derecho penal del ciudadano, como Derecho penal de la Constitución, y en cuya práctica cotidiana se espera una contribución efectiva a la paz.⁶⁹⁵

⁶⁹¹Cfr. FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Buenos Aires: Editores E. François et al. 2000.

⁶⁹²HULSMAN, L. & BERNAT, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.1984, p. 55.

⁶⁹³KLEIN, Naomi. *La Doctrina del Shock: El auge del capitalismo del desastre*. Buenos Aires: Paidós, 2007, p. 6.

⁶⁹⁴Cfr. PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo. "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo". En: Revista Jueces para la democracia. Nº 49. Madrid, marzo de 2004, p. 43. Véase también: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal". Patricia Faraldo Cabana, y otros (coords.). En *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 95-138.

⁶⁹⁵APONTE, Alejandro. Op. Cit, p. 208.

Con el paradigma de la seguridad y el uso del Derecho penal como *prima ratio*, estas circunstancias convalidaron medidas como la de los jueces sin rostros,⁶⁹⁶ –como una medida de emergencia contemplada en la administración de Gaviria (1990-1994), mediante el Decreto 2790 de 1990, que reguló el Estado de Sitio, bautizado oficialmente como *Estatuto para la Defensa de la Justicia*–⁶⁹⁷ como mecanismos de política criminal, sin antecedentes en la historia del derecho punitivo, donde los jueces que sentenciaban a los presuntos responsables, podían violentar algunas garantías, –so pretexto de crear medidas preventivas– necesarias en el contexto de la guerra de guerrillas y entre los carteles de la droga.

Panorama que hizo cuestionar la necesidad de la implementación de un debido proceso con todo lo que esto implica en sociedades democráticas, pues con las perversidades puestas en escenas por el conflicto armado, se cuestionó la creación de medidas que, aunque avaladas por las máximas autoridades, no podían entenderse como garantista y sobre todo en el ámbito penal.

⁶⁹⁶En su momento dada la estrategia de contrarrestar el orden público, la Corte Constitucional se pronunció al respecto de la siguiente manera: El sólo hecho de preverse el anonimato del juez o testigo en circunstancias tan especiales (...), no representa en modo alguno la indefensión del sindicado ni cercena sus oportunidades de contradicción y argumentación jurídica dentro del proceso, ni recorta ni anula las enunciadas garantías procesales. El legislador ha tenido la precaución de establecer disposiciones orientadas a asegurar que tan sólo se usará la figura del ocultamiento del juez o testigo ante la existencia de graves contingencias o amenazas contra su vida o su integridad, a lo cual se añade la presencia y vigilancia a cargo del Ministerio Público. Cfr. Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-053/93. M.P. Jose Gregorio Hernandez. Bogotá, 1993.

⁶⁹⁷El Estatuto gozaba de las características de ser una jurisdicción de orden público que operaba desde cinco sedes situadas en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta. De arriba abajo la estructura estuvo integrada por seis magistrados de la Corte Suprema de Justicia para conocer en última instancia los fallos de los Tribunales. Debajo de ellos, 12 magistrados del Tribunal Especial de Orden Público, como segunda instancia. Y, en la base, 49 jueces para los fallos iniciales. La protección de los jueces contaba con una cortina de sigilo para permitir al funcionario ocultar hasta su propia fisonomía cuando tuviese que interrogar a los sindicados. En las providencias no figurarían su nombre ni su firma. Se contaba con intermediación de la prueba, es decir, la que para su legalidad debe ser realizada por el juez. La instrucción la realizaba la Policía Judicial integrada por grupos del DAS y de la Policía. Las Fuerzas Armadas tenían además otras unidades para los delitos que competen a los jueces militares. Cfr. ARENAS, Ismael. "Arrancan jueces sin rostro". *El Tiempo*. Sección Justicia. Recuperado de <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-9172>>.

Lo más complejo, como lo ha anotado el profesor ROXIN⁶⁹⁸, en la tarea principal para el futuro en esta materia jurídica, es el ajuste del procedimiento penal a una concepción material constitucional del principio del Estado Social de Derecho. Porque sí no se cuenta con los principios propios de todo procedimiento penal, con las formas propias de cada juicio, que aseguren un debido proceso, y el acceso a la justicia del presunto implicado, llamado a comparecer en el proceso, hablese, del delincuente común, narcotraficante, terrorista o guerrillero, con todo lo que ello involucra –ser oído ante un juez o tribunal competente, estar regido bajo la presunción de inocente; con un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, con presentación e impugnación de pruebas para ser controvertidas; y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, entre otros–, los procesalistas han concluido que, “ha falta de aquellas, no se puede hablar técnicamente de un proceso”⁶⁹⁹ legal. Máxime, cuando están en juego derechos que adquieren hoy por hoy, rango constitucional, al considerárseles derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

En este orden de ideas, aunque el proceso penal ha sido considerado la “cenicienta” de la ciencia del Derecho penal, entendida casi exclusivamente como: “el estudio normativo y empírico del delito y de sus consecuencias jurídicas”⁷⁰⁰, ésta no es una cuestión que solamente le concierna a las tantas formalidades que vienen implicadas en la parte procesal del Derecho penal, sino que se habla aquí, de circunstancias más rigurosas en la esfera interna de protección de los individuos cuando se le están viendo vulnerados derechos humanos de carácter fundamental, en una tendencia que se fortalece en el Derecho penal actual.

⁶⁹⁸ ROXIN, Claus. *Estrafverfahrensrecht*, Verlag C.H. Beck, Munich, Auflage 24, p 11. En: GUERRERO PERRALTA, Oscar Julián. “Bases jurídico-políticas del procedimiento penal”. Julio B. J. Maier, Kai Ambos, Jan Woischnik (Coords.), *En las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 197.

⁶⁹⁹ DAMIÁN MORENO, Juan. ¿Un Derecho procesal de enemigos? M. Cancio Meliá y Gómez, C. Gómez-Jara Díez, (Coords.). En *derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF. Vol. 1. 2006, p. 469.

⁷⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo. Claves del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi., 2008, p. 7.

Ello obedece, como muy bien ha manifestado el penalista MUÑOZ CONDE,⁷⁰¹ a que el proceso penal ha sido considerado, más como una cuestión meramente procedimental, de plazos y formalidades, de recursos y distribución de competencias de los tribunales, en lugar de ser una cuestión de defensa, de garantías elementales relevantes, en el campo jurídico-político del derecho en toda su dimensión. En cuanto a lo que toda esta cuestión implica, la Corte Constitucional colombiana, ha manifestado que la institución del debido proceso, que se erige en columna insustituible del Estado de Derecho, responde a:

La necesidad imperativa de establecer un conjunto de garantías jurídicas, cuyo objeto principal consiste, en proteger a la persona de la arbitrariedad y en brindarle medios idóneos y oportunidades suficientes de defensa a objeto de alcanzar la aplicación justa de las leyes (...). Por tanto, es ilusorio el concepto del Estado de Derecho y vana la idea de justicia, si el ordenamiento jurídico -no solamente por cuanto atañe al plano normativo Fundamental, sino en la esfera legal y en las escalas inferiores de la normatividad- carece de una mínima certidumbre, resguardada por mecanismos idóneos y efectivos, acerca de que nadie será objeto de sanción sin oportunidades de defensa.⁷⁰²

La relevancia de lo que aquí se plantea, de la consagración constitucional de derechos que adquieren carácter fundamental, en lo que atañe al rol que juegan en el proceso penal, también ha sido punto de referencia y reflexión de instancias internacionales, en el sentido que, como lo expresan también los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, es deber de los Estados sancionar, investigar, juzgar y reparar, las violaciones que se cometan en ocasión a violaciones del debido proceso legal, en el entendido que, "en los procesos penales, se requieren un conjunto de garantías mínimas que deben ser salvaguardadas, pues el debido proceso se constituye en un "medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia",⁷⁰³ a lo cual contribuyen "el conjunto de actos de diversas características generalmente

⁷⁰¹ Ibid. p. 7.

⁷⁰² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-053/93. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 1993, p. 1.

⁷⁰³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. Op. Cit, párr. 117.

reunidos bajo el concepto de debido proceso legal",⁷⁰⁴ que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.

Como se expresa, esta situación ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. De modo que, en opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷⁰⁵ para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, y esto es tanto para el buen ciudadano respetuoso del derecho, y también para quien sea considerado el enemigo del sistema.

Este es el motivo por el cual y en ocasiones, cuesta tanto convencer a la opinión pública de que el proceso penal no tiene sólo una finalidad de protección social, sino que al mismo tiempo, persigue una finalidad aparentemente opuesta, como es la de defender al acusado del peligro de condena injusta, siendo así, que la búsqueda del equilibrio necesario entre ambas finalidades constituye uno de los desafíos, más complejos del legislador, sobre todo en esa materia.⁷⁰⁶

Máxime cuando en Colombia "el Derecho penal es el que ha sufrido la mayor cantidad de modificaciones introducidas por las declaratorias de excepción, como expresión además, de hechos que eran notorios en todo el continente latinoamericano, como es el hecho de la promoción, desde los EE.UU. de la doctrina de la seguridad nacional".⁷⁰⁷ Noción que estructuraba el derecho penal de la emergencia con la idea de "seguridad". Tratándose aquí de la incorporación de modelos totalitarios de política criminal y modelos de corte autoritario de derecho penal, a partir de este código político de enemistad,⁷⁰⁸ que se ha extendido como un virus, del que se busca urgentemente una cura, pero con el que no se contaba en su efectivo tratamiento, que resultaría ser peor que la misma enfermedad.

⁷⁰⁴Ibid, párr. 24.

⁷⁰⁵Ibid, párr. 117.

⁷⁰⁶DAMIÁN MORENO, Juan. Op. Cit. p. 469.

⁷⁰⁷APONTE, Alejandro. "Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra". Op. Cit. p. 209.

⁷⁰⁸Ibíd, p. 209.

El problema reside en que la presencia de sujetos a quienes se les atribuye inicialmente la condición de enemigo, –en el sentido apuntado por JAKOBS–, ha impulsado al legislador al establecimiento de un modelo diferenciado de enjuiciamiento para este tipo de delincuentes, basados fundamentalmente en el establecimiento de limitaciones en cuanto al ejercicio de sus derechos, pensando que, de lo contrario, los procesados podrían llegar a obstaculizar el curso de las investigaciones, al beneficiarse de las ventajas que el ordenamiento jurídico concede al resto de ciudadanos.⁷⁰⁹ Esto ha sido aplicado en el caso colombiano a lo largo de la historia, precisamente por la dinámica que se ha desarrollado alrededor del conflicto armado.

3.1.1.1. La historia del enemigo en el contexto colombiano

No es necesario profundizar en muchos estudios, para afirmar que Colombia ha desarrollado una lucha armada que ha tenido como protagonistas, a actores que, de una manera u otra, han influido directamente en la situación jurídica, política, económica y social del país, y evidentemente en la consolidación del conflicto armado, entendido como:

El resultado de la transformación de luchas insurgentes y contra-insurgentes tradicionales, en una estructura más compleja de violencia, donde la aparición de ejércitos paramilitares, el narcotráfico, los sembrados de cultivos ilícitos y la criminalidad organizada, entre otros, han conducido a una disminución progresiva del control del Estado sobre la mayor parte del territorio del país.⁷¹⁰

En sí mismo, el conflicto armado ha desarrollado múltiples manifestaciones, bien sea por el secuestro, el desplazamiento forzado, la tortura a la población civil, las desapariciones forzadas, y por las muchas expresiones que se revelan en el seno de la población por la llamada “guerra de guerrillas”, que se ha visto inmersa

⁷⁰⁹DAMIÁN MORENO, Juan. Op. Cit, p. 469.

⁷¹⁰DUNCAN, GUSTAVO. “Del campo a la ciudad en Colombia. La infiltración urbana de los señores de la guerra”. *Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico*, [En línea]. Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, p. 4. Disponible en: <http://indh.pnud.org.co/files/rec/expnduncan_senores_guerra.pdf>. [Fecha de consulta agosto de 2009].

y fortalecida con el fenómeno del narcotráfico, al constituirse como su principal fuente de financiación.

Todo esto, ha generado un despliegue por parte del Estado de políticas de seguridad nacional, que se han evidenciado indistintamente a lo largo de la historia, en circunstancias bien complejas, en el afán de combatir el conflicto armado, al ver sus cimientos a finales de la década de los 40s y principios de los años 50s, producto de la lucha bipartidista predominante.

Estas estrategias de combate han tenido muchas similitud con las características propias del “derecho penal del enemigo” descrito por Jakobs, por eso a continuación se describirán algunas de ellas. Partiendo desde 1948 como momento crucial en el surgimiento de las guerrillas, aún nacientes en ese entonces, hasta llegar al gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, en sus dos períodos consecutivos, para estudiar su política de seguridad democrática, como estrategia político-militar para el debilitamiento de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC), en la lucha contra el terrorismo. Precisamente, en todo este contexto se puede enmarcar el prototipo del derecho penal y procesal del enemigo, pese a las constantes reformas democráticas que han acompañado a su sistema jurídico con el pasar de los años.

En general, se acepta que la situación de los derechos humanos en Colombia⁷¹¹, es todavía una de las más difíciles y graves de las Américas aunque su tradición democrática como se indico, es una de las más antiguas. La gravedad del caso deriva de la violación masiva y constante de los derechos humanos más fundamentales, en particular el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, analizado este último claro está, en conexión con otros derechos elementales. La naturaleza y las causas de esta situación son múltiples:

⁷¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. *Contexto para el Análisis de la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá, 1997. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-1.htm>>.

Aparte de la violencia vinculada al conflicto armado, en especial la violencia atribuible a extremistas de derecha y de izquierda, existen otras fuentes de violencia que provocan la muerte y otras violaciones de los derechos fundamentales. El narcotráfico, los abusos de autoridad, la violencia socioeconómica arraigada en la injusticia social y las disputas por la tierra son algunas de las fuentes de violencia que han llevado al deterioro de la situación de los derechos humanos en Colombia.⁷¹²

Todo esto deriva de una lucha constante por la búsqueda de mejores condiciones de vida, y por las inoperantes políticas imperante de estirpe bipartidista, esto es, por el predominio de los dos partidos políticos tradicionales: *el Partido Conservador y el Liberal*. Lo cual pone en duda el sentido real de un Estado democrático. Por ello, fácilmente se puede “cuestionar el valor de la democracia colombiana, siendo el sistema político un sistema [predominantemente] bipartidista, que se destaca por su carácter elitista, corrupto e inflexible y por la falta de pluralidad y representación política de la gran mayoría de la población”.⁷¹³

Al respecto, la historia de Colombia tuvo un momento decisivo con consecuencias nefastas, cuando se genera lo que se conoce como el “Bogotazo”⁷¹⁴, el 9 de abril de 1948, hecho que se detonó debido al asesinato del líder Jorge Eliecer Gaitán, de ideología política liberal, candidato presidencial más oprobioso para las elecciones de aquella época, circunstancia que desencadenó revuelta y descontento en el colectivo social, situación que en aquel entonces,

⁷¹² *Ibíd*em

⁷¹³ STEENBERGEN, Marieke. La imagen de las FARC en la prensa internacional. Un análisis de NRC Handelsblad, The New York Times y El País durante el período 1998-2004. En [línea] [consultado mayo de 2009]. Departamento de Lengua y Cultura Hispánica. Universidad de Utrecht. Febrero de 2006, p. 5. Disponible en: <<http://igitur-archive.library.uu.nl/student-theses/2006-0324-083653/scriptie%20Marieke%20Steenbergen.pdf>>

⁷¹⁴ En los hechos históricos del Bogotazo, las masas populares que inundan a la capital colombiana, con la desesperada respuesta al asesinato de su caudillo, sorprenden a la sociedad tradicional, no sólo por su número, sino también por su actitud. Esa multitud no se compone exclusivamente de hombres de ruana, de arraigados y de participantes marginales de la sociedad normalizada, según las observaciones del historiador José Luis Romero. Es una multitud diferente, en la que abundan los recién llegados, los inmigrantes originarios de las áreas rurales, para quienes la ciudad es todavía algo que no les pertenece. Cfr. LORA-GARCÉS. Marta Cecilia. Tesis doctoral. *La representación de la violencia política, en tres novelas colombianas de la segunda mitad del siglo XX*. Universidad del Valle, Cali, 2011, p. 107.

dividió al país y dejó cientos de personas muertas y heridas, la clase popular fue la que más se vio golpeada y azotado por dicho acto.

Este período se reconoce como la fecha que marcó el origen de la violencia política y el conflicto armado que transcurre hasta la actualidad, por ser el momento mediante el cual emergen las primeras guerrillas liberales, pues la sociedad civil decide como primera vía tomar las armas, lo cual daría inicios a la aparición de la llamada época de la violencia, donde “facciones armadas identificadas con los dos partidos políticos tradicionales, se asesinaban por el predominio en las zonas menos urbanizadas del país. Fanatismo que dejó un total de muertes que oscila entre (100.000 y 200.000).⁷¹⁵

La época de la violencia se caracterizó, por la lucha política entre liberales y conservadores, situación que culmina cuando ambos partidos hacen una tregua de paz, a través de un pacto denominado el Frente Nacional, que les permitiría alternarse en el poder durante 16 años. Estrategia que consistía en la repartición equitativa de la burocracia pública⁷¹⁶ entre los dos partidos.

No obstante, El Frente Nacional, a pesar del profundo impacto de la violencia y la grave tragedia humanitaria desatada, pretendió imponer una “terapia del olvido histórico”, sin reconocimiento ni referencia a los hechos sucedidos ni a los responsables. Se buscó una reconciliación sin tratar la problemática ni sus consecuencias y se impuso un perdón no sólo sobre la base de la impunidad total, sino de la recuperación política y el reconocimiento social a los mismos causantes e inspiradores de la tragedia acaecida. La amnistía era aquí, más un instrumento de legitimación de las élites que de satisfacción a las víctimas. Las urgencias del presente pesaban más que las necesidades del pasado.⁷¹⁷

⁷¹⁵GAITÁN, Fernando. “Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia”. En Malcolm Deas y Fernando Gaitán. *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*, Bogotá: FONADE, Departamento Nacional de Planeación y Tercer Mundo Editores, 1995, p. 188-190.

⁷¹⁶ *Ibíd.*, p. 8.

⁷¹⁷VILLARRAGA, Álvaro. “Procesos de paz, desarme y reinserción en Colombia”. En *Terceras Jornadas Abiertas. La Cooperación Internacional con Colombia: ¿Paz y Derechos Humanos?*.

En este orden de ideas, el conflicto que se origina producto de la lucha político-bipartidista, sirvió de cimiento y de base para que numerosos campesinos por el descontento en la estructura política imperante, formaran bandas criminales dedicadas a hacer estragos, robando y extorsionando, revolucionando y desarticulando la estructura social del país, en una lucha que también era por la tenencia de la tierra, por los derechos de propiedad, utilizando como instrumento de disputa las armas.

En la década de los 60s y principios de los 70s, el período de violencia se fortalece, más propiamente con la consolidación de guerrillas, y autodefensas campesinas, surgiendo así los movimientos armados como las FARC, ELN, EPL, y M-19,⁷¹⁸ que terminaron mezclando el conflicto armado que emergía con el fenómeno del narcotráfico, consolidándose así, otra cara del conflicto, la *narcoguerrilla*, con el fortalecimiento del narcotráfico en la década de los 80s.

En un principio, las FARC aparecen como un movimiento netamente campesino, que tuvo como figuras más representativas a título de fundadores a Pedro Antonio Marín, Manuel Marulanda Vélez – más conocido como “*tirofijo*” –, y a Jacobo Arenas, que se dan a conocer oficialmente a través del manifiesto de Marquetalia, después del intento fallido por parte del Estado de desintegrarlas en junio de 1964.

Las FARC era un grupo incipiente en cuanto a su solidez, pues no tenían un ejército organizado, sus normas eran muy elementales, y sus ideales políticos estaban aún en construcción. En su lucha armada revolucionaria no había constituido un mando central unificado, ni seguían un plan estratégico para la toma del poder político, y aunque sus discursos eran promulgados por propuestas al sistema económico, político y jurídico, en la búsqueda de cambios sociales, sus ideales cambian para iniciar una ola de terror en todo el país para la década de los

Barcelona: Centre Cívic Pati Llimona, 2006, p. 80. [En línea]. Disponible en: <<http://old.taulacolombia.org/materials/03jornades.pdf>>.

⁷¹⁸ Entiéndase, (FARC) Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, (ELN) Ejército de liberación Nacional, (EPL) Ejército popular de liberación, (M- 19) Movimiento 19 de abril.

80s. Es evidente que su ideología política no se compaginaba con lo que desarrollaban en la práctica, pues la búsqueda de la igualdad social no se podría conseguir a través de masacres injustificadas a la población civil.

ILUSTRACIÓN NO. 7. Línea en el Tiempo de la Violencia en Colombia*



En esta dinámica, al fracasar el Estado en su intento por eliminarlas, “Las FARC crecieron a ritmos sin precedentes al negociar con los narcotraficantes la protección de los laboratorios de cocaína. [...], el capital de conocimiento en guerra de guerrillas, los combatientes y los cuadros formados durante dos décadas, fue canalizado entonces hacia una nueva fase estratégica”.⁷¹⁹ Lo cual generó, que:

Los grupos guerrilleros se asentaron en las regiones rurales, pobres y sin presencia de Estado, a partir de los ochenta y se expandieron hacia regiones más ricas, donde a través del terror, la extorsión y el secuestro comenzaron a extraer tributos a la producción económica. Adicionalmente, empezaron a copar importantes espacios de poder en lo local. Crearon bases de apoyo social en la población marginada al apropiarse de las funciones de Estado. Administraban justicia, resolvían disputas de

⁷¹⁹GAITÁN, Fernando. Op. Cit. p 7.

propiedad y organizaban a la comunidad. Incluso, cuando se reglamentó la elección de alcaldes en los municipios, hicieron elegir candidatos propios o aliados. Se configuró así un nuevo mapa político de Colombia con mayor control territorial de la guerrilla.⁷²⁰

En este contexto, con el gobierno del presidente Julio Cesar Turbay Ayala,⁷²¹ para el período de (1978-1982), se firma un Estatuto de Seguridad, en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional de 1886,⁷²² lo cual le permitió a las Fuerzas Armadas al comienzo de su mandato, entre otras cosas:

- Hacer detenciones sin órdenes de captura, para contrarrestar la actividad subversiva y de narcotráfico,
- Y constituir indagatorias sin presencia de abogados.

En ese mismo sentido, en 1981 se firmó una ley de amnistía, orientada a facilitar la entrega de ciudadanos levantados en armas, pero no tuvo gran acogida. Luego, en noviembre de ese mismo año, con base en una propuesta del expresidente Lleras Restrepo, se constituyó la primera Comisión de Paz,⁷²³ que se desintegró en mayo del siguiente año sin ninguna respuesta satisfactoria.

⁷²⁰ Ibid. p. 7

⁷²¹ TURBAY AYALA, Julio César. Presidentes de la República de Colombia. En: Vicepresidencia, República de Colombia. 1978-1982. [En línea]. Disponible en: <http://www.vicepresidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/rc_62.asp>. [Consultado en mayo de 2009].

⁷²² El artículo 121 reza así: “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

⁷²³ TURBAY AYALA, Julio César. Presidentes de la República de Colombia. [En línea] <http://www.vicepresidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/rc_62.asp>. Consultado en mayo de 2009.

3.1.1.2. La paz no interesa en la lucha contra el enemigo

En el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986), específicamente en el año de 1983, se dio inicio en Colombia a la organización de una Comisión de Paz que trataría de poner fin a una historia de sangre, dolor y muerte que para entonces ya había cobrado muchas vidas. Durante su gobierno, se firmó la ley 35 del 20 de noviembre de 1982, más conocida como la ley de Amnistía,⁷²⁴ la cual dio vía libre a la llamada acción cívico-militar y propició un acercamiento entre las partes en conflicto. Sin embargo, este nuevo camino en la búsqueda de la pacificación del país, que ahora se encontraba en manos del presidente Betancur tenía algunas dificultades a saber:

No tenía ningún respaldo orgánico, peor aún, contaba con amplias resistencias en el bipartidismo. Como lo anotaba el mismo Belisario, con ellos era imposible avanzar pero tampoco se podía prescindir de ellos. De esta manera, el Presidente recurrió a un pequeño núcleo de colaboradores como Bernardo Ramírez, Antonio Duque y Jhon Agudelo Ríos, e incorporó al gobierno a reconocidas figuras del bipartidismo, pero marginó a los directorios políticos. Esas fórmulas irritaron a los jefes de los partidos. Por ello el proceso de paz chocó desde un comienzo con “enemigos de paz” agazapados en todos los rincones del Estado.⁷²⁵

El expresidente Betancur le señaló a la Comisión formada para sentar las bases del diálogo, dos tareas fundamentales: “La primera, adelantar diálogos con los diversos sectores sociales sin limitación alguna, y la segunda, formularle al gobierno sugerencias y propuestas con relación a temas de interés nacional como lo eran en el momento la incorporación de áreas y estamentos a la vida social, política y económica del país; la recuperación y desarrollo de regiones que

⁷²⁴Colombia. Ley 35 de 1982. “Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”. “Ésta otorgaba el perdón y olvido, automática e incondicionalmente, para todos los alzados en armas y la cesación de todo procedimiento judicial con la consecuente libertad inmediata para todos los presos político. No era necesario que éstos manifestaran su aceptación, les bastaba solicitar su libertad al Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial en donde se adelantaba el proceso, para gozar de libertad incondicional”. En: AFANADOR, Miguel Ángel. *Amnistías e indultos, la historia reciente*. Bogotá: ESAP, 1993. p. 92.

⁷²⁵MEDINA, Medófilo y SÁNCHEZ Efraín. *Tiempos de paz, acuerdos en Colombia, 1902-1994. El proceso de paz de Belisario Betancur*. Alcaldía Mayor de Bogotá, 2003. p. 277.

requerían de estrategias especiales del Estado; y el mejoramiento de la justicia y la seguridad de los ciudadanos, entre otros”.⁷²⁶

Una de las primeras exigencias del grupo guerrillero FARC al gobierno, consistía en la terminación inmediata del estado de sitio que para el momento regía el país, ya que según ellos, la experiencia es que el estado de sitio no resolvía nada, por el contrario lo complicaba todo. Por ende, hicieron una declaratoria donde manifestaron lo siguiente:

Exigimos el levantamiento inmediato del estado de sitio, que ningún poder necesita para amenazar a los capos de la maña con meterlos a la cárcel o extraditar ríos, entre otras cosas, que avisados por el propio enunciado del decreto de turbación del orden público, marcharon sin mayores dificultades al exterior, luego del asesinato del Ministro Lara Bonilla.

El estado de sitio se da por los gobiernos reaccionarios como está palmariamente demostrado aquí en Colombia desde 1946, para generalizar la violencia terrorista, impedir el reclamo de los trabajadores por el alza de sus salarios y mejores condiciones de vida y de trabajo, para apalear y matar estudiantes, para someter al pueblo por medio de la fuerza. Para coartar sus libertades, para someter por medio de la fuerza bruta la inquietud popular! para imprimirle fuerza psicológica y fuerza de armas a la llamada disciplina social de los monopolios financieros. La experiencia en Colombia es que el estado de sitio no resuelve nada y por el contrario, lo complica todo. El estado de sitio suprime de un tajo las libertades públicas ya que es expresión concreta de la teoría fascista de la seguridad. Por eso, con estado de sitio no puede ni soñarse una verdadera apertura democrática, ni mucho menos una reforma de las costumbres políticas en Colombia.⁷²⁷

Además de esto, se hizo una petición de cese al fuego⁷²⁸ entre las partes en conflicto, y el grupo guerrillero pidió una reforma política la cual se dio a conocer mediante una carta abierta dirigida al parlamento el 20 de julio de 1984, que enmarcaba toda la plataforma e ideología política de las FARC, con la cual pretendía lanzar un movimiento político, en busca de una paz duradera, por la apertura democrática y la reforma política. Pretendían incorporar cambios

⁷²⁶ AFANADOR, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 90.

⁷²⁷ ARENAS, Jacobo. Cese el Fuego: Una historia política de las FARC. Bogotá: Oveja Negra, 1985. p. 3. Este libro constituye la primera historia política de las FARC, no como reseña de combate, sino como cronología de lo que pretendió ser su política.

⁷²⁸ *Ibíd.*, p. 4.

estructurales a través de una reforma a la Constitución de 1886, en el entendido de que la vida de la Nación ya había cambiado, no era la misma de aquella época, por ello se necesitaba una Constitución moderna y democrática diferente a la establecida en 1886.

Del mismo modo, en una cara muy diferente a la que se conoce hoy en día, las FARC dentro de los muchos cambios que proponían, pretendían incorporar dentro de las llamadas por ellos –costumbres políticas del país–, garantías a la oposición, elección popular de alcaldes y gobernadores, reforma electoral, acceso adecuado de las fuerzas políticas a los medios de información, control político de la actividad estatal, eficacia de la administración de justicia, y nuevas iniciativas encaminadas a fortalecer las funciones constitucionales del Estado. Incluyeron también reformas agrarias, reformas urbanas, reformas a la educación, buscaban el pleno ejercicio de las libertades políticas y sindicales, e iniciaban una lucha frontal para la reducción de impuestos como el IVA, e impuestos sobre el patrimonio.⁷²⁹

Así fueron construyendo una plataforma política con la cual serían conocidas antes los ojos del mundo, pues luego de muchas controversias y discusiones en muestra de su disposición por un cese de las hostilidades, proclaman liberar a todos los secuestrados para llevar a cabo el acuerdo de paz que finalmente se firma en medio de muchos obstáculos en la Uribe (Meta), acuerdo que lleva el nombre de esta localidad, y lugar donde quedó consignado el convenio por el expresidente de la República Belisario Betancur, el 28 de Mayo de 1984.

Se acordó entonces, un cese al fuego⁷³⁰ que suspendía el secuestro, la extorsión, y el terrorismo, en él se estableció que los integrantes de Las FARC podrían acogerse a la ley de amnistía, además se implantó por parte del gobierno

⁷²⁹ Ibid., p. 4 y Ss.

⁷³⁰ Ibid; p. 1-2. El 28 de mayo se dio la orden de cese del fuego a todos los frentes, columnas, compañías y guerrillas de este movimiento en el país. De la misma manera, ese mismo día y a la misma hora, el señor Presidente de la República la dio al Ejército, a la Armada, a la Aviación y a todos los mecanismos de Inteligencia y Seguridad del Estado.

la voluntad de modernizar las instituciones políticas mediante el estudio de algunas reformas,⁷³¹ planteadas por el grupo guerrillero. No obstante, aún con todos los esfuerzos, el acuerdo de paz, con las FARC se rompe por múltiples razones.⁷³²

1. Les prometieron garantías políticas efectivas, brindándoles la posibilidad de crear un movimiento legal que dio origen a la Unión Patriótica (UP), el cual tuvo mucha acogida y apoyo por parte de la población en la vida política, lo cual se vio reflejado en su bancada parlamentaria. Pero posteriormente, se desató una serie de asesinatos a sus miembros, configurándose una persecución política en todas las esferas desde alcaldes y candidatos presidenciales, activistas en términos generales, que fueron asesinados, al punto de constituirse un genocidio.⁷³³
2. No obstante, con el Movimiento 19 de Abril (M19) y el Ejército Popular de Liberación (EPL), en un intento también de desmovilización y reinserción, se hicieron mesas de diálogos que incluyeron compromisos de las partes referidos a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como fueron las condenas al secuestro, la desaparición forzada y el terrorismo.
3. El pacto con las FARC planteó mecanismos de verificación y preveía a un año, la inserción legal, política y social de los combatientes. Sin embargo, después del 28 de mayo de 1984, el Ejército despliega operativos

⁷³¹Ibid; p. 2. El documento es virtualmente un compendio de las reformas políticas y económicas que las FARC proponen y que podrían asimilarse a un programa de gobierno. Manuel Marulanda, Jacobo Arenas, Jaime Guaraca, Raúl Reyes y Alfonso Cano firman la carta. En ella reconocen el esfuerzo del Jefe del Estado por virar hacia una Colombia sin violencia, sin guerra, sin hambre y con libertades para todos.

⁷³²VILLARRAGA, Álvaro. Op. Cit. pp. 82-884.

⁷³³ Léase al respecto, la denuncia 11.227 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso José Bernardo Díaz y otros, contra el Estado de Colombia. En diciembre de 1993, la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas denunciaron al Estado colombiano ante la CIDH, por el genocidio perpetrado contra el movimiento político Unión Patriótica. La demanda fue presentada con un listado inicial de 1.163 asesinatos, 123 desapariciones forzadas y 43 atentados; todos éstos perpetrados contra miembros y dirigentes de la UP, en razón de su filiación política.

contraiguerrilleros⁷³⁴ y dispuso operativos ante-orden contra todos los demás frentes de las FARC en el país. Esta violación de los acuerdos de La Uribe y de la orden presidencial de cese al fuego de parte del Ejército tiene base en la circular aparecida en la el 1 de junio de 1984 y que en concreto dice:

[...] Sabemos que los acuerdos de La Uribe cuyo primer fundamento es el cese del fuego por las partes en conflicto, que verificado en un lapso prudencial abrirá la posibilidad de una tregua de un año, tiene poderosos **enemigos** anidados en la cúpula militar actual. A lo anterior se agrega el estado de sitio generalizado a todo el territorio nacional, los asesinatos de campesinos y gentes del pueblo, de dirigentes revolucionarios[...] en diversos lugares del país, las detenciones arbitrarias, las desapariciones, y todavía la tortura, y en general la continuación de la ola terrorista con cargo a las Fuerzas Militares y mecanismos paramilitares como el MAS y otros escuadrones de la muerte, sabiéndose como se sabe de la procedencia, dirección y financiación de tales grupos terroristas. Pero, por encima de todo, las FARC cumplen y cumplirán los acuerdos de La Uribe rubricados con nuestras firmas [...].⁷³⁵

4. Finalmente, el diálogo nacional fracasó porque los grandes gremios, las dirigencias políticas tradicionales y los altos mandos militares consideraron que se trataba de concesiones inaceptables, so pretexto de la defensa de la soberanía nacional y otros sofismas de distracción. Las comisiones de verificación no cumplieron su cometido y los militares chocaron con los campamentos guerrilleros en tregua, y además, las guerrillas continuaron su expansión y realizaron secuestros y extorsiones.⁷³⁶ Apareciendo en el escenario un nuevo enemigo para el país, la lucha contra los carteles de la droga.

Por las razones expuestas, las FARC construyen un memorándum dirigido a la plenaria de la “Comisión Nacional de Verificación de Cese al Fuego, Tregua y

⁷³⁴ARENAS JACOBOS. Op cit., p 2.

⁷³⁵Ibid. p. 3

⁷³⁶VILLARRAGA, Álvaro. Op. Cit, p. 82.

Paz”, donde hacen un llamado directo a la población civil para que se armen en contra de los “enemigos” de la democracia, manifestando entre otras cosas lo siguiente:

La Nación grata para los que hemos nacido y nazcan en ella, para que podamos vivir y trabajar sin los sobresaltos de la muerte en las boquillas de los fusiles oficiales. Para alcanzarlo, será necesario unirnos para la batalla contra **la teoría de la Seguridad**, que es la nueva concepción fascista del Estado. Sin derrotar aquella teoría y aquella práctica siniestras que convirtieron a Chile, a Brasil, a Argentina, al Uruguay y a casi todos los países del Sur y Centroamérica en pantanos de sangre, toda buena voluntad, todo esfuerzo, todo empeño generoso y pacífico serán inútiles porque la fuerza bruta encaramada en el poder militar lo harían todo nugatorio, y Colombia no lograría conquistar la anhelada paz. Si esto es así, unámonos para la batalla contra la teoría de la Seguridad, llevando aliento a nuestro pueblo para que se alce a la conquista de una verdadera paz democrática para Colombia.⁷³⁷

Para agravar la situación, clausurando este período, en 1985, El M-19 se toma el Palacio de Justicia,⁷³⁸ en el cual se encontraban los Magistrados de las Altas Cortes y numerosos miembros de la sociedad civil, exterminando a quienes se encontraban en ella. Aunque los cuerpos jamás fueron encontrados, los familiares de las víctimas denunciaron el hecho ante todas las instancias posibles, con el relato de testigos que siempre aseguraron que habían visto salir con vida a dichas personas y que luego ellas fueron muertas y desaparecidas por fuerzas estatales. Por tanto, históricamente lo que se constituyó fue una masacre.⁷³⁹ Lo

⁷³⁷ ARENAS JACOBOS. Op cit. Así finaliza la carta al Parlamento, firmada por el Estado Mayor Central Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo FARC-EP. Manuel Marulanda Vélez, Jacobo Arenas, Jaime Guaraca, Raúl Reyes, Alfonso Cano. Octubre 7 de 1984. En la Uribe-Meta. (Subrayado fuera de texto).

⁷³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Caso 10738. Holocausto del Palacio de Justicia (94 muertos). En: <<http://www.cidh.org/countryrep/colombia93sp/cap.7.htm>>. Con fecha 3 de diciembre de 1990, la Comisión Especial Preparatoria de la CIDH recibió en la ciudad de Bogotá, durante una audiencia especial con los familiares de los desaparecidos del Palacio de Justicia, una denuncia del abogado Enrique Rodríguez Hernández, Presidente de dicha asociación.

⁷³⁹ El tema de la desaparición forzada es, en este momento, de ardua discusión, y es fundamental frente a hechos ocurridos en el pasado, como es el caso de la masacre del Palacio de Justicia. En noviembre de 1985, un grupo de guerrilleros del entonces denominado M-19 tomó el Palacio de Justicia, en el cual se encontraban los magistrados de las Altas Cortes y numerosos miembros de la sociedad civil. No han sido claros nunca los motivos de la toma; hay toda clase de versiones,

que por obvios motivos generó, ante el fenómeno de desaparición forzada perpetrado, que dicho grupo perdiera cualquier intento por lograr su legitimidad.

En palabras de SOCORRO RAMÍREZ,⁷⁴⁰ aunque la estrategia de Betancur pareció tener éxito pues “los enemigos” de la paz se vieron obligados aguardar silencio, la ley de amnistía contenía el germen de nuevos conflictos: “no exigía el desarme de las guerrillas, pero su artículo 7⁷⁴¹ duplicaba las penas por el porte ilegal de armas. De esta manera, el ejército y la guerrilla aprovecharían el espacio que esta ambigüedad les otorgaba, provocando continuos choques que irían minando la confianza entre las partes y la credibilidad del proceso ante la opinión.

Por los constantes esfuerzos poco satisfactorios, en el gobierno de Virgilio Barco Vargas (1986 – 1990), se plantea como solución al conflicto una reforma constitucional. Habida cuenta que, la Constitución de 1886 había rigido durante 105 años la vida institucional de Colombia. Pero en este escenario, en plena pugna sobre la reforma constitucional y por la corrupción en la esfera política y en las esferas del Estado, habida cuenta del fortalecimiento del narcotráfico, nuevamente se repite la historia: Luís Carlos Galán, candidato presidencial para las elecciones de 1990, con ideología liberal y gran líder político en su lucha contra el narcotráfico y contra la misma corrupción en el gobierno, es asesinado el 18 de agosto de 1989.

toda clase de desinformación sobre ella, lo mismo que sobre lo que se ha denominado la contratoma por las fuerzas armadas y de organismos de seguridad. Como resultado final de los enfrentamientos, se produjo un incendio generalizado de la sede del Palacio de Justicia, ocurrió la muerte de numerosos magistrados de todas las Cortes, así como también de miembros de la fuerza pública, de todos los guerrilleros y de miembros de la sociedad civil.

Muchos familiares de las víctimas denunciaron los hechos ante todas las instancias posibles con el relato de testigos que siempre aseguraron que habían visto salir con vida a dichas personas y que luego ellas fueron muertas y desaparecidas por fuerzas estatales. Cfr. APONTE, Alejandro. “Situación actual de la jurisprudencia sobre persecución nacional de crímenes internacionales”. kai Ambos. Ezequiel Malarino, (Coords). En: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana. Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales, 2008, pp. 159-212.

⁷⁴⁰ MEDINA, Medófilo y SÁNCHEZ Efraín. Op. Cit, p. 279.

⁷⁴¹ Colombia. Ley 35 de 1982. Artículo 7°. El artículo 202 del Código Penal quedará así: "Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre a cualquier título o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años".

Asesinado este líder político, se abre la posibilidad para que Cesar Gaviria Trujillo en el período de (1990–1994) llegue al poder, y con la propuesta de reforma constitucional que ya venía en curso, logra la desmovilización de algunos grupos insurgentes, en el M-19, el EPL, y otros movimientos armados. Dadas las circunstancias, en 1990 se crea el Estatuto para la Defensa de la Justicia, complementado por el decreto 0099 de 1991.

Estatuto que constituye un verdadero código de procedimiento penal de emergencia, con más de 100 artículos y paralelo al Código de Procedimiento Penal ordinario, se remitió a una circunstancia específica de la violencia en Colombia: “(...) La persecución del narcotráfico de manera radical por el Estado, pero bajo la amenaza de que sus miembros pudieran ser extraditados a los EE.UU. y ser allí castigados, hecho que le declaro la guerra al Estado Colombiano”,⁷⁴² pues fue la época en que se desato el narcoterrorismo en las principales ciudades del país, situación que dejó cientos de víctimas: niños, mujeres, ancianos, entre otros, sin distinción alguna.

De esta manera, se da la gran reforma constitucional cuando el constituyente promulga la Constitución en 1991⁷⁴³ y se consagra a Colombia como

⁷⁴² APONTE, Alejandro. Op. Cit. p. 211.

⁷⁴³La Carta Magna de 1991, es llamada también la Constitución de los derechos, por cuanto reconoce y consagra no sólo los derechos fundamentales, clásicos desde la Revolución Francesa, sino los derechos económicos y sociales, propios del Estado Social de Derecho, consagrada en el artículo 1º de la Constitución y los derechos colectivos, o de tercera generación, dentro de los cuales se destacan entre otros la moralidad pública, la libre competencia económica y el derecho a un ambiente sano. Para asegurar y proteger estos derechos se crearon tres mecanismos: a) La acción de tutela, concebida para proteger los derechos fundamentales y que permite a la manera del recurso de amparo de otras latitudes recurrir en interés particular ante un juez para obtener la pronta suspensión de cualquier acción u omisión, de autoridad pública o de particular, que vulnere o amenace vulnerar un derecho fundamental. b) La acción de cumplimiento orientada a obtener de los jueces la orden de aplicar una ley o un acto administrativo, previa renuncia de la administración de aplicar dicha ley o acto administrativo. Es un mecanismo de protección de los derechos económicos y sociales generalmente desarrollados por la ley, pero en la práctica menguado, al señalar que no debe generarse con dicha acción gasto público. c) Las acciones colectivas y de grupo ordenadas a la protección de derechos e intereses colectivos como los ya mencionados, a aquellos grupos afectados por un daño de origen común. *“la administración de Justicia en Colombia, siglo XX. Desde la Constitución de 1886 a la Carta Política de 1991”*. Cfr. ARIEL SÁNCHEZ, Carlos. “La administración de Justicia en Colombia, siglo XX Desde la Constitución de

un Estado Social de Derecho, pero al mismo tiempo se identifica una persecución severa en la lucha contra el narcotráfico, a su principal cabecilla, Pablo Escobar. Líder del Cártel de Medellín, quien consigue captar la atención en todo el país y la prensa internacional, esencialmente por su anterior presencia en la vida política del país, dando su conversión a la de narcotraficante/terrorista más temido en la historia de Colombia. Circunstancias que logró generar diversas situaciones:

Una cultura de criminalidad al armar y financiar una generación de jóvenes de los barrios marginales sin mayores perspectivas laborales. Las tasas de homicidio se incrementaron progresivamente desde 1980 y en 1991 se situaron a la vanguardia mundial, ¡86 asesinatos por cada cien mil habitantes! De paso, la explosión de delincuencia hizo colapsar el ya ineficiente sistema de justicia mediante asesinatos, sobornos y amenazas. Las tasas de impunidad alcanzarían niveles por encima del 95% quince años más tarde. Los narcotraficantes del Cartel de Cali, los competidores de Escobar, hicieron uso de un perfil más discreto. Se infiltraron en la clase política a todos los niveles de Estado.⁷⁴⁴

Seguidamente, por la persecución perpetrada en la lucha contra el terrorismo, en ocasión a la cacería indiscriminada a los funcionarios de la administración de justicia, con la muerte de jueces, magistrados, e incluso policías, en una especie de “operación exterminio”, cosa que generó que el Estatuto tuviera como principio la reserva de identidad de todos los funcionarios dentro del proceso. Así, por la magnitud de los atentados desatados se genera la creación de una justicia penal secreta.

En este escenario Pablo Escobar se entrega a la justicia en junio de 1991, con la condición de no ser extraditado a los EE.UU. Lo cual no funcionó, pues vivía más que en una cárcel de máxima seguridad –la cárcel de Itagüí– en una “mansión” de la que posteriormente emprende la fuga el 22 de julio de 1992 y termina asesinado en 1993, después de la ola de sangre que inundó al país sobre todo en las principales ciudades y en Medellín su ciudad natal.

1886 a la Carta Política de 1991”, *Revista Credencial Historia*. No. 136, 2001. En: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2001/136sxx.htm>.

⁷⁴⁴DUNCAN, Gustavo. Op. Cit., p. 11.

Para el próximo período, cuando Ernesto Samper Pizano llega a la presidencia, en en la etapa comprendida de 1994 a 1998, la estabilidad y confiabilidad política se pierde, pues se le vincula a un proceso por la presunta financiación por parte de los narcotraficantes en su campaña política, en lo que se llamó *El proceso 8.000*. Ello imposibilitó mayores avances políticos pues se pasó su período presidencial ejerciendo su derecho de defensa y limpiando la mala imagen que se creó en la comunidad internacional, situación que le costó la enemistad de los EE.UU. gracias a la oposición que durante todo su mandato hiciera su sucesor Andrés Pastrana Arango, quien toma el poder desde 1998 hasta el 2002.

Con Andrés Pastrana renacen los intentos por un acuerdo de paz, por un cese al fuego, como nunca antes se había visto en la historia de Colombia. Con presencia de la comunidad internacional se sentaron las bases para la mesa de negociación en una zona de despeje, llamada el Caguán.

Realmente todo fue un proceso de paz sin cese al fuego, había una zona desmilitarizada pero los ataques de las FARC seguían por doquier, a la par el acuerdo no avanzó en los temas decisivos, porque las FARC no tenían realmente voluntad política, sobre todo en cuando a un consenso en los temas que versaban sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, situación que terminó llevando nuevamente al fracaso la mesa de negociación, pero de acordarse la paz, pudo haber sido un momento histórico y crucial para la vida del país en todas las esferas.

Con el expresidente Álvaro Uribe Vélez, en sus dos períodos consecutivos desde el año 2002, se vivió una lucha constante hacia el crimen organizado y los grupos insurgentes a través de su política de “seguridad democrática” que no hace otra cosa que atacar al enemigo, a las FARC,⁷⁴⁵ que por la manigntud de los ataques desplegados por el gobierno se ha visto bastante debilitada.

⁷⁴⁵Uribe admitió que los operativos militares realizados durante sus ocho años de mandato se hicieron bajo su responsabilidad y contaron con la cooperación de la CIA y la NSA. La CIA contribuyó a ubicarlos en las selvas del país a través de su tecnología, especificó, y las

Circunstancias que han estado en discrepancia con los tratados de derechos humanos y de derechos internacional humanitario, pues a las guerrillas más que como personas, han sido y siguen siendo tratadas como el enemigo, al que hay que aniquilar, exterminar, o desaparecer.

3.1.1.3. Las características propias del derecho penal y procesal del enemigo en el contexto colombiano

Como se observo, con el paso de la Constitución de 1886 a la Carta magna de 1991, Colombia se consagró como un Estado Social de Derecho,⁷⁴⁶ expresión que tiene una gran carga en cuanto a su contenido, porque no cualquier Estado puede ostentar este precepto, puesto que, aquello tiene un alto contenido semántico. En consecuencia no cualquier Estado, ni cualquier derecho integran el calificativo de Estado de Derecho. Uno de los representantes de esta noción es Elías Díaz⁷⁴⁷ que como corolario muestra en su obra “Estado de Derecho y sociedades democráticas” rasgos que en su opinión conforman este tipo de Estado. Por ello, para hablar de un auténtico Estado Social de derecho, deben cumplirse ciertos presupuestos como lo son:

operaciones para capturarlos y darles de baja (muerte) estuvieron a cargo de las fuerzas militares colombianas. En declaraciones a periodistas (en el 2013), el ministro de Defensa colombiano, Juan Carlos Pinzón, afirmó, asimismo, que la cooperación de Estados Unidos con Colombia siempre ha sido muy fuerte como también la ayuda de la NSA en las acciones militares contra líderes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias-Ejército del Pueblo. Gracias a ese trabajo conjunto se lograron grandes golpes a la guerrilla, subrayó. Todo el mundo sabe eso, no es nada nuevo, reiteró Pinzón al referirse a la colaboración norteamericana en materia de inteligencia y operaciones especiales, que también recibimos de otros países, aseveró, un "auxilio que ha hecho a Colombia más fuerte". Los nexos de colaboración de la NSA y la CIA con el Gobierno colombiano en las operaciones en las que murieron los líderes guerrilleros Raúl Reyes (2008), Jorge Briceño (2010) y Alfonso Cano (2012), fueron destapadas por el diario The Washington Post. Crf. “Uribe admite "colaboración" de la CIA durante su gestión”. *Telesur*. “Uribe admite "colaboración" de la CIA durante su gestión”. Bogotá, 25, de diciembre, 2013. [En línea]. Disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2013/12/25/uribe-admite-colaboracionde-la-cia-en-operaciones-militares-durante-su-mandato-4087.html>. [Consultado enero de 2014].

⁷⁴⁶Constitución Política de Colombia, 1991. Santafé de Bogotá: Temis, Edición actualizada, 2003. Art.1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁷⁴⁷Para ampliar la información consúltese a DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Tauros, 1991.

- a. **Estar organizado democráticamente**, ya que las decisiones no se toman sólo por un ente soberano, sino que deben concurrir armónicamente con la participación de sus asociados en los asuntos que les conciernan, para el desarrollo y cumplimiento de los fines del Estado, debe existir vida política y vinculación activa de los ciudadanos, porque la democracia es una forma de vida, por tanto no deriva del Estado, sino que hace parte del ejercicio del poder.
- b. **Debe tener y garantizar el respeto por la dignidad humana**, pues aquella, es el pilar fundamental del ordenamiento jurídico, irradia el conjunto de principios y valores que le dan vida y sustento al Estado.
- c. **Girar entorno al reconocimiento y garantía de los derechos humanos**,⁷⁴⁸ entendidos estos, como productos de luchas y procesos culturales.⁷⁴⁹ La defensa de los derechos humanos tiene que ver con que cada uno pueda desarrollar de manera libre y autónoma sus potencialidades. Tiene que ver en cómo mirar el otro, no como elemento para aniquilar y exterminar, sino como un elemento para el buen vivir, para el vivir en sociedad, pues no se puede hablar de una sociedad justa cuando no hay respeto por los derechos humanos.
- d. **Tener una clara separación de poderes**: En una sociedad democrática el poder no puede estar concentrado en un solo ente, en el entendido, que los órganos del poder⁷⁵⁰ deben trabajar de manera independiente pero a

⁷⁴⁸Con la proclamación de la Declaración Universal en 1948 se hizo el primer llamado en la historia, para instar a los Estados, en alentar la participación de la población en todas las esferas, y más adelante con el surgimiento de múltiples tratados internacionales, con los cuales se han creado órganos y mecanismos de control y de garantía, estableciéndose parámetros protectores mínimos en la defensa de los derechos humanos a través de Cortes Internacionales en la internacionalización del derecho y de la justicia. Pero aún así, hay muchos desafíos. Declaración Universal de los Derechos humanos. *Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, (ONU). 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.*

⁷⁴⁹HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata. 2005, p.118 y ss.

⁷⁵⁰Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-449/92. Proceso No. D-033. Norma Acusada: Artículo 33 (parcial) de la Ley 9a. de 1991, "por la cual se dictan normas generales a las que

través de colaboración armónica, bien sea para legislar, ejecutar o juzgar, en la consecución de los fines del Estado.

- e. Respeto por los derechos fundamentales⁷⁵¹ y libertades individuales:** en razón de que todas las personas tienen derechos y libertades fundamentales, que como su nombre lo indica, son esenciales y básicas para el desarrollo de todas las personas en sociedad, las cuales encuentran un límite sólo cuando se transgredan los derechos de los demás.
- f. Supremacía de la Constitución,⁷⁵²** porque como norma de normas, y ley de leyes, es la máxima guía en el ejercicio del poder, porque consagra todas las pautas a seguir. Por ello, no se puede concebir ninguna decisión en todas las esferas del poder alejada del texto constitucional.
- g. Fidelidad al principio de legalidad.** En el entendido que se debe actuar conforme a la ley, por lo que el ejercicio del poder se somete a ella en aras de crear seguridad jurídica.

El Estado Social de derecho concebido así, surge entonces como límite al ejercicio del poder, pues como diría ZAGREBELSKY,⁷⁵³ indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero encierra en sí, consecuencias precisas. El valor es la superación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. Así entonces, Colombia

deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias". Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 9 de julio de 1992. La teoría de la separación de poderes ha sido reelaborada por la doctrina constitucional, pasando de su concepción clásica inicial de Montesquieu, en la que cada rama del poder hacía una sola y misma cosa -legislar, ejecutar, juzgar-, a una nueva concepción en la que los diversos órganos del poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 de la Constitución). Es por eso que el Congreso y el Gobierno deben coordinarse pero no duplicarse en las actividades que requieren su concurso simultáneo.

⁷⁵¹Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 19. ss. Cfr. ALEXIS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. "Los derechos fundamentales serían "los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto".

⁷⁵²Ibid, p. 19.

⁷⁵³ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 6ta ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 21.

se ha desarrollado bajo esta fórmula en la Carta Magna de 1991, que entre sus principios rectores incluye el respeto de la dignidad humana y eleva la protección y garantía de los derechos a fundamento y fin esencial del Estado.

No obstante, en pleno auge de la Constitución de 1991, cuando apenas se implementaba en el gobierno del expresidente Cesar Gaviria Trujillo, aparecen una serie de políticas que pueden considerarse antidemocráticas e incompatibles con este modelo de Estado, pero comprensibles cuando se constata su funcionalidad a la teoría del derecho penal del enemigo de JAKOBS.

Para combatir al “enemigo” en Colombia, bien sea a los grupos insurgentes, o a los narcotraficantes, se han desarrollado desde hace algún tiempo, una serie de políticas que en todo o en parte vulneran flagrantemente los derechos humanos, tales como: la justicia secreta, a través de la cual se implementaron los jueces sin rostro,⁷⁵⁴ en el famoso Estatuto para la Defensa de la Justicia. Éste, fue pues, la nueva visión de “eficiencia” desde el primer momento:

La eficiencia y la eficacia del sistema penal se comenzaron a entender, y hoy en día es un paradigma generalizado, como la producción a toda costa de *sentencias condenatorias*. Es decir, la *eficacia* ha sido concebida, especialmente por el ejecutivo y luego de manera generalizada en otros ámbitos institucionales, como en sectores de la fiscalía y en algunos despachos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, como sinónimo de *condena*. La eficacia ha obrado como fin absoluto, sin atención real a los medios utilizados para su logro. Se presenta un número abstracto de resultados –Las sentencias condenatorias– que mostrarían la supuesta “eficacia” del sistema judicial, sin tener en cuenta, en ningún caso, *de qué manera* se ha llegado a ese número de sentencias. Es decir, se da a conocer un resultado final, abstracto, eludiendo la realidad de negación

⁷⁵⁴ Colombia. Decreto 2700, Noviembre 30 de 1991. Por el cual se expiden las normas del Procedimiento Penal. Artículo 158. Protección de la identidad de funcionarios: “En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan en la actuación pueden ocultar su identidad conforme lo establezca el reglamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal. Las providencias que dicte el Tribunal Nacional, los jueces regionales o los fiscales delegados ante éstos deberán ser suscritas por ellos. No obstante, se agregarán al expediente en copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas [...]

cotidiana de derechos y garantías por parte de la justicia penal de emergencia.⁷⁵⁵

Por esta razón, el derecho penal de emergencia ha actuado históricamente desde la ambivalencia que genera la permamencia de un sistema democrático muy consolidado, pero que ha vivido siempre en emergencia.⁷⁵⁶ Instituciones como estas son muestra clara de una tendencia que se fortalece en aras de una supuesta seguridad nacional, ante el boom propagandístico del derecho a la seguridad⁷⁵⁷ *versus* la seguridad de los derechos. Es un discurso que es alentado por los propios gobernantes en un mal uso del lenguaje que confunde y distorsiona la información, jugando con la mentalidad de la población que ingenuamente parece legitimarlo.

A esto se le suma el legado de Occidente, la idea de concebir un sistema mundial de caracterización y transformación del ciudadano en sospechoso de orden sociopolítico,⁷⁵⁸ en un mundo donde no solo el sospechoso es vigilado con zozobra en la búsqueda de la seguridad ciudadana, sino donde todos somos vigilados. Con la criminalización y persecución indiscriminada de todo tipo de actores se activa un Derecho penal basado en una lectura radical de la noción de seguridad. La seguridad no nace del poder estatal “sino desde los límites de dicho ejercicio, en la medida en que la legislación contra el terrorismo desmonta los límites al poder estatal, y en vez de seguridad produce inseguridad”.⁷⁵⁹

El Estatuto para la Defensa de la Justicia⁷⁶⁰ creó pues, un proceso penal, en el que los jueces, los fiscales, y los testigos tenían identidad reservada – sin

⁷⁵⁵ APONTE, Alejandro. Op. Cit. p. 212.

⁷⁵⁶ Ibid. p. 210.

⁷⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit, p. 3.

⁷⁵⁸ MATTELART, Armand. Op. Cit, p. 12.

⁷⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. Cit, p. 18.

⁷⁶⁰ Colombia. Decreto Numero 2790 De 1990. Diario oficial. Año CXXVII. N. 39584. Noviembre 20 de 1990. "Por el cual se dicta el estatuto para la defensa de la justicia, integrando en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Publico y los especializados creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, organizando la Subdirección Nacional y las Direcciones Seccionales de orden publico para darles el apoyo operativo y necesario para el cumplimiento de sus funciones y robusteciendo los organismos auxiliares de la justicia".

rostro— y suprimió la audiencia pública. Apareciendo un proceso de estirpe inquisitivo, oculto, secreto, que legitimaba la lucha contra el narcotráfico, en una “guerra de todo vale”, porque la prioridad era la defensa de la justicia en una de las épocas de mayor turbación en la sociedad colombiana, pues todo el aparato judicial estaba en la mira de los narcotraficantes, creándose una serie de asesinatos donde perecieron desde “víctimas invisibles” hasta figuras representativas de la vida política, como lo fue el caso del Exministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, víctima por combatir al Cártel de Medellín.

Se creó entonces, una serie de decretos producto de Estados de Excepción, para contrarrestar la lucha contra el “enemigo”, los narcotraficantes/terroristas, que se fortalecieron en el tránsito de la década los años 80s a los 90s. Dichos decretos pasaron a incorporarse a la legislación permanente luego de la Constitución de 1991, es más, la Corte Constitucional, en sus primeras decisiones, declaró constitucional dichos decretos, al considerar entre otras razones que: “el sólo hecho de preverse el anonimato del juez o testigo en circunstancias tan especiales [...] no representa en modo alguno la indefensión del sindicado ni cercena sus oportunidades de contradicción y argumentación jurídica dentro del proceso”.⁷⁶¹

⁷⁶¹ Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto a la Sentencia No. C-053/93. Magistrado Ponente: Doctor: José Gregorio Hernández Galindo. En la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 158 y 293 del Decreto 2700 de 1991. En el caso de los testigos, la aplicación de las aludidas normas no comporta una disminución o pérdida de idoneidad de la prueba. Se realiza a plenitud la exigencia constitucional que obliga al legislador -en esta oportunidad el extraordinario- a predeterminar las reglas aplicables al juzgamiento, de lo cual resulta que mientras el contenido material de éstas no sea susceptible de censura por contrariar garantías constitucionales, la normatividad respectiva es en sí misma desarrollo de los preceptos superiores. La identidad de los testigos no tiene que ser necesariamente conocida por el sindicado para garantizar su defensa mientras goce de todas las posibilidades de controvertir las pruebas que se esgrimen en su contra y de hacer valer aquellas que lo favorecen, en lo cual radica el núcleo esencial del derecho al debido proceso en lo relativo al régimen probatorio

En consecuencia, en defensa de las garantías constitucionales propias del Estado de derecho y de las formas propias de cada juicio emanadas del debido proceso, el Magistrado CIRA ANGARITA BARON⁷⁶² se aparta de la decisión de la Corte Constitucional y salva su voto haciendo las siguientes consideraciones:

Es cierto que la protección de los funcionarios judiciales surgió de la necesidad de evitar los atentados y la muerte de jueces encargados de juzgar los delitos relacionados con el narcotráfico y el terrorismo. Es también una realidad que la rama judicial requiere del apoyo logístico necesario para evitar la coacción del funcionario en la decisión de procesos de trascendencia nacional. Pero es así mismo cierto que todo ello no justifica la creación de un procedimiento paralelo a las disposiciones consagradas en el Código de Procedimiento Penal, tal como fue modificado a raíz de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política.

La incorporación de la jurisdicción de orden público -cuyo fundamento es el "secreto absoluto" en las diversas etapas del proceso-, a la jurisdicción ordinaria sustentada en la publicidad como principio general, es violatoria de la Constitución Política de 1991, por cuanto desconoce garantías constitucionales del debido proceso judicial, soporte jurídico fundamental del Estado de Derecho colombiano [...].⁷⁶³

BECCARÍA, manifestó en su época que la justicia escondida propicia la justicia corrompida; que las dilaciones secretas, las pruebas practicadas en la oscuridad de la noche, la no exhibición de las pruebas, los testigos premiados y negociados, en fin, todas estas prácticas opuestas a la forma de administrar

⁷⁶² Ibidem.

⁷⁶³ Ibidem. Menciona el Magistrado Ciro Angarita Baron, que *Con ello se retrocede abiertamente a la época del oscurantismo penal, criticada por Beccaría en su obra "De los Delitos y de las Penas", en la que puso de presente como el procedimiento penal secreto conlleva a la desigualdad entre las partes, en perjuicio del presunto delincuente y favorece la existencia de unos jueces que por disponer de un gran margen de discrecionalidad al aplicar la ley penal se hacen muy temibles, porque en la mayoría de los casos sus desmanes permanecen en la sombra y no son conocidos sino por quienes los padecen. De la misma manera rechazando el fallo de constitucionalidad del Decreto, la Corte Suprema de Justicia manifestó: "...la verdad es que se le da piso de constitucionalidad a preceptos que vulneran de manera grave el derecho de defensa, el debido proceso y las formas propias del juicio creándose un grave precedente legislativo y jurisprudencial, donde implícitamente se conoce que la eficacia de la represión tiene una mayor importancia que los derechos constitucionales reconocidos... La entronización de la ley de la selva, donde solo importan los intereses represivos del Estado, que la ejerce por fuera de las previsiones constitucionales y con absoluto desconocimiento de la integridad de la Carta y de las obligaciones internacionales que hemos adquirido al ratificar el Pacto Universal y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ante tan claro desentendimiento de dichas obligaciones sería conveniente que el gobierno pensara seriamente en denunciar dichos tratados, que los están ignorando de manera flagrante". Y se agrega "este monumento antidemocrático, inquisitivo, oscurantista, y de corte fascistoide, fue convertido en legislación permanente como bien se precisa el defensor de marras del Ministerio de Justicia".*

justicia en un Estado republicano eran por el contrario, "prístinas manifestaciones de la tiranía".⁷⁶⁴ Y por ello, aunque la obra de Beccaría fue escrita en 1764, o sea, hace ya más de 200 años; ilusoriamente, muchos piensan que en tantos años las situaciones que en última instancia la generaron, ya han sido superadas, y la peor confusión, es que sigue pasando en Estados modernos que dicen catalogarse asimismo, como democráticos.

Este ideario rechaza cualquier transgresión al orden jurídico y exige del Estado una ética pública. Pues si bien, el Estado democrático liberal, lo hace bajo los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad, el uso de cualquier mecanismo oculto o al margen de procedimientos legales aparece en principio como una trasgresión a los principios democráticos.⁷⁶⁵ Al respecto, la Comisión⁷⁶⁶ Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante la Comisión) se pronunció afirmando que la existencia de jueces "sin rostro" y de procedimientos secretos para la presentación y deposición de testigos, ofrecimiento y actuación de pruebas y pericias, contradice los postulados de la Convención Americana.

La Comisión expresó también que era necesario superar cualquier modalidad de justicia secreta para favorecer en general el fortalecimiento de la administración de justicia y en particular, de las garantías fundamentales. Pues estas restricciones, que son excesivas aún en situaciones de normalidad, se acentúan de manera significativa cuando se declaran los estados de excepción, durante los cuales no proceden los recursos instituidos para proteger los derechos reconocidos. Además, "a buena parte de la legislación transitoria expedida bajo estado de sitio se le ha dado carácter permanente, como por ejemplo la justicia secreta o de orden público, cuya permanencia afecta no solamente la ley interna

⁷⁶⁴Ibidem

⁷⁶⁵Colombia. Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, febrero 5 de 2008.

⁷⁶⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Organización de Estados Americanos. Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia .OEA/Ser.L/V/II.84,doc.39 rev. Washington, D.C. marzo 1994.

colombiana sino también los acuerdos internacionales sobre derechos humanos que obligan a Colombia".⁷⁶⁷

Es menester precisar que Colombia⁷⁶⁸ es Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁶⁹ desde el 31 de Julio de 1973. En los términos del artículo 62.3 de la Convención, reconoció el 21 de junio de 1985 la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, en virtud de lo consagrado en el artículo 1.1. de la citada Convención, tiene el deber de respeto y garantía a los derechos consagrados en ella, y además en los términos del artículo 2, tiene el deber de adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Del mismo modo, de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados,⁷⁷⁰ por el principio *pacta sunt servanda*, los tratados son para cumplirlos, pues son ley para las partes. Por tanto, los Estados en razón de asumir los compromisos internacionales deben hacer todo lo posible no sólo para el cumplimiento de los mismos, sino para implementar todos los mecanismos que fuesen necesarios para su cabal efectividad.

⁷⁶⁷ Ibidem.

⁷⁶⁸ Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 4ta ed., 2003.

⁷⁶⁹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica (Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36. REGISTRO ONU: 27 de agosto de 1979, N° 17955.

⁷⁷⁰ GONZÁLES CAMPOS, Julio y SAENZ DE SANTA MARÍA. Paz Andrés. legislación básica de derecho internacional público. Madrid: Tecnos, 7 ed. actualizada 2007. p. 73 ss.

Pero en el caso de estudio, como afirmó la Comisión, “el haber creado, por razones que el Gobierno de Colombia considera justificables, mecanismos, procedimientos y estructuras especiales para los procesos por delitos como el narcotráfico o el terrorismo, ha contribuido indirectamente al debilitamiento de la justicia común ordinaria y a la pérdida de la confiabilidad de los ciudadanos en ella”.⁷⁷¹

Por tal razón, por el predominio de esta justicia penal excepcional,⁷⁷² la Corte Constitucional⁷⁷³ a *posteriori*, a través de la sentencia C-392 de 2000 declaró la inconstitucionalidad de esta jurisdicción, considerando no sólo que eran violatorias del debido proceso, sino que también ya habían superado el periodo de transición que justificaba su existencia.

La Corte Constitucional⁷⁷⁴ enfatizó también que, si se priva al sindicado del conocimiento de la identidad del funcionario a cuyo cargo se encuentra la instrucción o el juzgamiento, aún cuando existieran causales para recusarlo si no se declara impedido, el sindicado se vería impedido para plantear siquiera la recusación y, así, se expondría a que su causa fuera instruida por alguien que

⁷⁷¹La Comisión Interamericana ha producido, hasta la fecha, los Informes 24/87 (caso 9620); 1/92 (caso 10.235); 32/92 (caso 10.454); 33/92 (caso 10.581); 22/93 (caso 9477); 23/93 (caso 10.456) y 24/93 (caso 10.537) en los que se recomienda al Gobierno de Colombia investigar, hasta lograr la sanción de los responsables de las violaciones a las que se hace referencia en cada caso, pagar indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas y dar protección efectiva a los testigos que, con riesgo de sus vidas, han contribuido al esclarecimiento de los hechos.

⁷⁷²Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Reformismo introvertido, las transformaciones de la justicia en Colombia. Durante los últimos 30 años”. En Francisco Leal Buitrago ed. *En la encrucijada: Colombia en el Siglo XXI*. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2006, pp. 462.

⁷⁷³Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sentencias: C-053 de 1993, C-093 de 1993 y C-150 de 1993.

⁷⁷⁴Vid. Colombia. Corte Constitucional de la República de Colombia. En Sentencia C-392/00 expediente D-2472 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 504 de 1999, “Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-Leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. Actores: Pedro Pablo Camargo, Carlos Alberto Maya Restrepo, Augusto Francisco Bernal González y Carlos Mario Salazar Pineda. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá; abril 6 de 2000. como se manifiesta en la sentencias: *Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existen motivos para dudar de su imparcialidad. Puede protegerse al testigo de manera diferente a la de ocultarle al procesado quién es la persona que declara contra él.*

careciera de la indispensable condición de la imparcialidad que constituye una de las garantías mínimas a que se tiene derecho en un Estado Democrático, conquista esta que en la historia de la humanidad constituye pilar fundamental del debido proceso, no sólo para contener eventuales abusos en contra de los justiciables, sino, así mismo, para que la transparencia de las actuaciones de estos gane para las decisiones judiciales confiabilidad y respetabilidad en el marco social en que ellas se produzcan.⁷⁷⁵

En el Estado de derecho el principio general es, entonces, la publicidad, la transparencia, sin embargo, ante determinadas situaciones, los gobernantes han considerado necesario el uso de medidas secretas, ocultas o abiertamente al margen de la legalidad y con agentes encubiertos,⁷⁷⁶ abusando con exceso de los Estados de Excepción. Con lo dicho, es obvio que no es posible hablar de Estado Social de Derecho⁷⁷⁷ y de democracia, a través de mecanismos incompatibles con los principios y garantías constitucionales, que violentan flagrantemente los derechos humanos, vulnerando las garantías procesales⁷⁷⁸ y contrariando la idea de justicia que se debe tener en toda sociedad democrática. El pilar fundamental debe apuntar al respeto por la dignidad humana así se trate del más temible de los criminales.

⁷⁷⁵Ibidem.

⁷⁷⁶Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-053/93. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, 1993. Vid. Corte Constitucional. Sentencia C-587/11. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

⁷⁷⁷ SERRANO-PIEDECASAS, José. Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona: PPU, 1988, pp. 35-38.

⁷⁷⁸ Un imputado dentro de un proceso adelantado conforme a las exigencias de un verdadero Estado de derecho es un "sujeto procesal" y como tal tiene, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a los interrogatorios y, especialmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones; mientras que en el Derecho Penal del enemigo surge la necesidad de un Derecho Procesal del enemigo, que lo excluye de esos derechos, pues se trata de individuos frente a los que ya no rige la presunción de una conducta conforme a Derecho. Cfr. PAZ-MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. ¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia? *Papel Político*, 2010, vol. 15, nº. 1, p. 319.

Razón tiene entonces JAKOBS⁷⁷⁹ al decir que las medidas represivas que contienen estos sectores de regulación de “derecho penal” del enemigo se han trasladado al sector que en derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas de estados de excepción. Contundentemente, se demuestra cómo se ha transformado el derecho penal y procesal en función de ciertos actores, pues se ha puesto en “crisis” la intención de conquistar el respeto de las garantías más elementales, en la defensa de ciertos colectivos.

Estas son básicamente todas las características que acompañan el Derecho penal postmoderno, en una de sus más duras facetas, como lo es la doctrina del derecho penal del enemigo, pues en el presente, el derecho en general y el Derecho penal en particular vienen sufriendo más que fuertes, bruscas transformaciones.

Sin embargo, parece absurdo seguir erigiendo los fundamentos de este Derecho penal sobre el modelo modernista ilustrado, sin valorar por tanto la pérdida de crédito de algunos de sus principios informadores y la progresiva desaparición del Estado social.⁷⁸⁰ Se acude en esa medida a un modelo de Derecho penal que se concentra en la persona del delincuente para crear nuevos estereotipos que se fundamentan en la defensa del colectivo social para contrarrestar ciertos riesgos.

En consecuencia, “el sistema penal opera siempre selectivamente y selecciona conforme a estereotipos que fabrican los medios masivos. Estos estereotipos permiten que se catalogue como criminales a quienes dan la imagen que corresponde a su descripción y no a otros”.⁷⁸¹ Ya se ha visto que en el caso colombiano, esta es la regla general: se da el retorno al autor como peligro social,

⁷⁷⁹JAKOBS, Günther. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. Cit, p. 19.

⁷⁸⁰PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Op. Cit, p. 318.

⁷⁸¹ZAFFARONI, Eugenio R. *En busca de las penas perdidas*. Op. Cit, p.134.

donde se utiliza la técnica de la guerra preventiva en casi todos los gobiernos a lo largo y ancho de la historia: “lo que se pretende es neutralizar a determinados colectivos a través de la prognosis de la peligrosidad de un determinado sujeto que define el círculo del autor, nos alejamos, de ese modo de la neutralización individual, y nos acercamos, como en EE.UU, a la inocuización colectiva de inmigrantes, terroristas, etc., como concreción de la teoría penal neoclásica del *just desert*”.⁷⁸²

Se debe criticar, como hace HASSEMER,⁷⁸³ un Derecho penal que trasciende la formalización y la vinculación a los principios valorativos para convertirse paulatinamente en un instrumento político, sobre todo, en ámbitos de seguridad del Estado. En este contexto pone de manifiesto que las armas, que antes se utilizaron contra el Derecho penal moralizador se han independizado, y ahora, por ejemplo, en materia de bien jurídico, las tendencias despenalizadoras se utilizan para criminalizar,⁷⁸⁴ hasta culminar con lo que se ha denominado “moderno Derecho penal”, cuyos estigmas, acorde a la seguridad⁷⁸⁵ del Estado⁷⁸⁶ y a la protección de bienes colectivos giran en torno a tres puntos esenciales:

La utilización del concepto de bien jurídico y la defensa de los mismos de forma expansiva, la prevención como objeto prioritario del derecho penal y la orientación de las consecuencias (carácter simbólico), en el sentido de hacer del derecho penal un instrumento de pedagogía social, de adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción de esta intervención como adecuada y necesaria.⁷⁸⁷

⁷⁸² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Op. Cit, p. 320-321.

⁷⁸³ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad: Bases de una teoría de la imputación en derecho penal*. F. Muñoz & M. Díaz, (Trads.). Valencia: Tiran lo Blanch, 1999, p. 30.

⁷⁸⁴ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Op. Cit, p. 344.

⁷⁸⁵ Sin embargo Corcoy propone generar un equilibrio entre seguridad y libertad, precisamente para no caer en los excesos. Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “La perspectiva jurídico-penal”. David Carpio Briz (Coord.). En *La seguridad pública ante el Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2010, pp. 3-32.

⁷⁸⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Internacionalización del Derecho penal”. Op. Cit, p. 96.

⁷⁸⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 344.

En la misma línea, M. KÖTTER⁷⁸⁸ cuestiona que en nombre del derecho a la seguridad, se sigan dos estrategias simbólicas: una basada en la creación de nuevos bienes jurídicos y otra, a través de la prevención general positiva. Es evidente que la nueva legislación no obedece a razones de seguridad, sino a la satisfacción de la opinión pública, a lo que tranquiliza de esa forma, las amenazas sociales; un miedo infundado que sirve de fundamento a medidas estatales simbólicas.

Desde estos puntos de vistas descritos, en el sistema penal del presente pueden vislumbrarse varios rasgos distintivos, entre los que pueden resaltarse los siguientes: “una correlativa *uniformidad del sistema punitivo*, singularmente visible en el actual proceso de *internacionalización* que experimenta el Derecho penal.”⁷⁸⁹ Con todo, el fenómeno más característico de la moderna sociedad es la conciencia del riesgo, fenómeno creciente que se muestra acorde a un derecho penal «de la seguridad», esto es, al –por JAKOBS denominado– derecho penal del «enemigo».⁷⁹⁰ –descrito en capítulos anteriores–, una especie de derecho «de policía» enfrentado pero complementario del derecho penal del ciudadano, que combate como se ha mencionado a sujetos especialmente peligrosos que muestran con sus delitos un devastador potencial de desestabilización social. Medidas de seguridad “aparentemente” necesarias para el mantenimiento del Estado de Derecho.⁷⁹¹

3.1.1.3.1. Derecho penal de emergencia como derecho penal del enemigo: el exceso de los estados de excepción

Es alarmante la constante manipulación que a menudo sufre el término mismo de Derechos Humanos como justificación del derecho a la seguridad. Esto lo clarifica el hecho, –sin menoscabar el buen papel desarrollado por la Corte Constitucional en el modelo constitucional del sistema de frenos y contrapesos–, de los

⁷⁸⁸Cfr. M. KÖTTER, citado por PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, p. 344.

⁷⁸⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. Op. Cit. p. 60.

⁷⁹⁰Ibíd, p. 60.

⁷⁹¹Ibíd, p. 60.

constantes procesos de reformas a la Constitución –y al sistema penal– que han sido relativamente rutinarios en el Estado colombiano, lo que resulta extraño es que se lleven a cabo de manera democrática.⁷⁹² Vale agregar a lo anterior, que un Estado que vive en constantes procesos de reformas no tiene estabilidad, ni seguridad jurídica en sus preceptos.

Así se puede sustentar, por ejemplo, que en los últimos 10 años se han promulgado varias reformas al contenido de derechos humanos de la Constitución de 1991, iniciativas que han tenido la intención clara de desmontar el estado social de derecho y volver al viejo Estado “regeneracionista” caracterizado por el desconocimiento de los derechos fundamentales.⁷⁹³

Reformas que a su vez han tenido un alto impacto en materia penal. Esto lo ratifica el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2004), cuando expresa que las reformas legislativas en materia penal “han estado caracterizadas, en general, por el endurecimiento de las penas y la creación de nuevos crímenes, así como el debilitamiento de las garantías constitucionales y legales”. Por esta razón se destaca que, por el miedo colectivo ante situaciones que lesionan bienes jurídicos protegidos, la moda del derecho a la seguridad es la protagonista en la intervención estatal a través de reformas, con creciente y deficiente implementación de las leyes, a lo cual se suma una política criminal legislativa caracterizada por:

[...] la proliferación y abuso de leyes especiales, con los consiguientes déficit de seguridad jurídica y de calidad técnica legislativa [...]. Lo que es una tendencia que presenta diversas características comunes en la Política criminal iberoamericana [...]. De hecho, la generalización del populismo punitivo entre las fuerzas políticas ha hecho que la política criminal se haga cada vez más en función de los sentimientos de inseguridad y no de la

⁷⁹²HURTADO, Mónica. “Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el frente nacional de 1957 y la constituyente de 1991”. *Revista de Estudios Sociales*, 23, 2006, p. 97.

⁷⁹³SEMBRAR, Op. Cit, p. 26.

realidad criminal a prevenir.⁷⁹⁴

En esta medida, el eficientismo penal constituye un nuevo modelo de derecho penal de la emergencia, instrumento de vocación instrumental,⁷⁹⁵ que agencia en su dinámica práctica una justicia penal igualmente instrumental. La administración de justicia adquiere ese carácter, en tanto atiende a servir intereses particulares situados en el ámbito de las decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas [...]. Con un Derecho penal que aparece altamente politizado.⁷⁹⁶

Es con estas connotaciones que surgió como se enunció el *Estatuto para la Defensa de la Justicia*, pues el ejecutivo creó por vía de excepción esta legislación procesal penal, para combatir las perturbaciones producidas por bandas de terroristas y narcotraficantes, como se desprende de su decreto constitutivo, pues la ola de violencia que había intentado contrarrestarse años atrás, con la iniciativa del estado de sitio en el Decreto 1038 de 1984, no se pudo superar.

Dicho Estatuto tuvo como principio rector, buscar mecanismos jurídicos que permitieran dar seguridad a los jueces, y a las demás personas que vinieran siendo objeto de atentados por razón de su participación en las investigaciones adelantadas contra sus integrantes, en general, a todos los funcionarios estatales e intervinientes dentro del proceso penal, sobre la base de dotar toda la jurisdicción de orden público de un soporte administrativo eficiente, que permitiera a sus integrantes cumplir su función en forma adecuada.

⁷⁹⁴DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”. *Política criminal*, 5 (A7-5), 2008, p. 1. [En línea]. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf>.

⁷⁹⁵APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*. Estudios ocasionales. Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS). Bogotá: Universidad de los Andes. 1999, p. 15.

⁷⁹⁶Ibid. p. 15.

De esta forma se robusteció la capacidad operativa de los cuerpos auxiliares de la justicia, para luchar eficazmente contra las organizaciones delictivas que perturbaban la tranquila del país. Esto bajo el supuesto de un proceso secreto y con restricción severa de las garantías del estado de derecho. Lo cual fue escenario perfecto para la aplicación de un derecho penal del enemigo, que identificaba como tal, a los grupos guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares.

Sin embargo, en el caso colombiano el Estatuto Antiterrorista o decreto 180 que rigió en 1988, se dirigía en la práctica no sólo contra los que efectivamente habían amenazado a la administración de justicia, sino que se dirigió de manera abierta contra todo tipo de actores que si bien se desenvolvía en el contexto general de la violencia política, no eran grandes terroristas o grandes narcotraficantes. Se resume la característica de la siguiente manera:

En la historia del derecho penal de emergencia en Colombia, como derecho penal de enemigo, a la sombra de un enemigo específico, se van colocando y criminalizando otros actores que no comenten aquellas acciones que han originado los estatutos especiales. Así, en la época del estatuto antiterrorista, detrás del gran enemigo, se criminalizaron en la práctica, actores ligados a la sociedad civil, como miembros de organizaciones de derechos humanos o incluso miembros de esta sociedad, que estaban ligados a lógicas de acción política y que cercana a los escenarios de confrontación, pero que no eran en ningún caso terroristas o rebeldes.⁷⁹⁷

Con lo dicho, es obvio que no es posible hablar de Estado Social de Derecho y de democracia en la práctica, donde los estados de excepción son una estrategia de “poder” para poder hacer lo que normativamente en estados de normalidad no se es permitido. Desde el punto de vista aquí esbozado, en Colombia para contrarrestar el conflicto armado y teniendo como base un derecho

⁷⁹⁷Detrás de los delincuentes políticos, se han criminalizado otros actores de manera tradicional. En el caso del estatuto de jueces sin rostro, tras el gran terrorista, se colocaban ésta vez los rebeldes y muchos otros actores de la sociedad civil. Se trata de grandes empresas criminalizantes que se extienden por toda la sociedad. Cfr. APONTE, Alejandro. Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia: “¿Una historia fallida?”. *Revista Diálogo Político*, nº. 03, 2005, p. 63.

penal del enemigo, la excepcionalidad empezó a convertirse en la regla general. Es más, en ese entonces el derecho penal del enemigo actuaba, a través de los consejos verbales de guerra, es decir a través de la justicia penal militar aplicada a los civiles.⁷⁹⁸ Si se sigue profundizando en la materia, se puede observar que para 1994 se expidió la Ley Estatutaria (Ley 137 de 1994) para regular los estados de excepción,⁷⁹⁹ creados especialmente como facultad reglada en cabeza del Presidente de la República, sujeta a controles concurrentes tanto de índole jurídico como político.

presidenciales, se establece una serie de controles jurídicos y políticos tanto sobre la declaratoria de los estados de excepción como sobre las medidas adoptadas, toda vez que como ha manifestado la Corte Constitucional,⁸⁰⁰ se reconoce que el acto mediante el cual se declara un estado de excepción, si bien es un acto político, sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia, también es un acto jurídico atado a reglas y requisitos formales y materiales dirigidas a garantizar su legitimidad y a evitar su uso arbitrario. Uno y otro control no son necesariamente incompatibles o excluyentes, ya que se dirigen a examinar aspectos distintos del ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno durante un estado de excepción, y este sistema de controles de los estados de excepción fue reforzado mediante la previsión la Ley Estatutaria 137 de 1994.

En el mismo sentido, si se observa la garantía o efectividad de las medidas tomadas en los estados de excepción, es asumida en términos de eficacia = penas, en un Derecho penal que fue sustentado utilizado como *prima ratio*, es lo que se denomina *eficientismo penal*, en tanto modelo especial de derecho penal de la emergencia, como único medio para enfrentar la criminalidad. Modelo en el que prevalece la eficacia sobre los derechos fundamentales, la

⁷⁹⁸ APONTE, Alejandro. "Derecho penal del enemigo en Colombia". Op. Cit, p. 210.

⁷⁹⁹ Guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica.

⁸⁰⁰ Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-070/09. Magistrados ponentes: Dr. Humberto Antonio Sierra & Dra. Clara E. Reales Gutiérrez. Bogotá, 2009.

eficacia sobre la legitimidad del sistema penal.⁸⁰¹

En estas tensiones, la Ley Estatutaria 137 sobrevivió a la nueva institucionalidad impuesta por la Constitución de 1991 y sus normas fueron evaluadas por la Corte Constitucional que, sometida a múltiples presiones, declaró constitucionales las figuras jurídicas de emergencia, pero trató de colocarles límites para mermar su impacto.

De esta forma, en 1999 fue revisada la justicia secreta y suplantada por la Ley 504 de 1999, denominada “justicia especializada contra el crimen organizado”. La Ley fue demandada ante la Corte y revisada en abril de 2000. La Corte declaró inconstitucionales diversos artículos con base en los cuales se había cometido toda suerte de arbitrariedades durante la década del 90 y estableció unas bases para pensar en la idea de un Derecho penal de la Constitución hacia el futuro.⁸⁰²

De todas maneras, se sigue acudiendo a la excepcionalidad, en razón “[...] de la presunción de peligrosidad de ciertos comportamientos y de las dificultades, especialmente probatorias, que conlleva la prevención y represión de los mismos, sobre todo en relación con la criminalidad transnacional, por la disociación que se produce entre el resultado y la acción de los más importantes agentes dentro de la organización criminal”.⁸⁰³ Por tanto, sigue primando la cultura de la emergencia como garantía para la seguridad del Estado. Aunque la Corte Constitucional ha sido una institución de importante referencia en el sistema de frenos y contrapesos, se ve obligada en múltiples circunstancias por el imperativo de la “eficacia” en su evaluación sobre la constitucionalidad de las normas de excepción⁸⁰⁴, ya que el terrorismo y sus múltiples variantes han sido también la excusa perfecta en la imposición los estados de excepción, en las estrategias de

⁸⁰¹ APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 13.

⁸⁰² *Idem*, Alejandro. “El derecho penal en una perspectiva de paz”. Op. Cit, p. 160.

⁸⁰³ SOTOMAYOR ACOSTA, J. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, 2010, p. 236.

⁸⁰⁴ APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p.30.

seguridad y en la lucha contra la criminalidad a lo largo de la historia.

Es de resaltar que el gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, se valió de esta herramienta como instrumento de lucha, pues en consonancia con lo que afirma JAKOBS: “el derecho penal del enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”.⁸⁰⁵ El posmodernismo hace de la excepción la regla⁸⁰⁶ general. El *iusfilósofo* AGAMBEN lo ha reiterado con insistencia en sus obras; el estado de excepción es esencialmente:

Ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal. Porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión. [...] También se presenta como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo [...].⁸⁰⁷

Se constituyen tales procedimientos porque se trata de sujetos que han defraudado las expectativas normativas de la sociedad, a tal punto, como describe Silva, que “el debate jurídico-penal sobre los enemigos y sobre las personas se ha centrado, pues, en la forma de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos a los que, sin embargo, no se les niega el *status personae* en términos absolutos”.⁸⁰⁸ Pero ello no significa que no exista un derecho penal del enemigo en sentido estricto.

Con lo cual, se reduce el ser humano a la “nuda vida”, un mero cuerpo que, escindido de la forma de vida del ciudadano, queda totalmente desprotegido, pues “la excepción es el dispositivo original legal a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces la teoría de estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que

⁸⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Ad – Hoc, 1996, p. 238 y ss.

⁸⁰⁶ Vid. GAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción. Homo sacer (II, I)*. Op. Cit, p. 5.

⁸⁰⁷ Ibid, p. 5 y 24.

⁸⁰⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María. “Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del *status personae*”. En M. Cancio & D. Jara (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Buenos Aires – Madrid: Edisofer – Libros Jurídicos. 2006, p. 985.

liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho”.⁸⁰⁹ ¿Cuál es la razón? Aparecen sujetos que son fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, y, en consecuencia, se les niega toda protección penal (y aún jurídica).⁸¹⁰

Se observa que la inseguridad es la clave para el mantenimiento de los estados de excepción, pero en esta lógica, KÖTTER (citado en Portilla),⁸¹¹ cuestiona que en nombre del derecho a la seguridad se han seguido dos estrategias simbólicas: una basada en la creación de nuevos bienes jurídicos y otra, a través de la prevención general positiva. Es evidente que la nueva legislación no obedece a razones de seguridad, sino a la satisfacción de la opinión pública por las amenazas sociales, un miedo infundado que sirve de fundamento a medidas estatales simbólicas, que bien soportan la doctrina del derecho penal del enemigo. Desde esta lógica, bajo el citado gobierno, mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, se declaró el estado de Conmoción Interior en todo el territorio nacional,⁸¹² y posteriormente se hizo prorrogable en el 2003,⁸¹³ en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 213 de la Constitución Política⁸¹⁴ al

⁸⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit, p. 24.

⁸¹⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. Cit, p. 988.

⁸¹¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Op, cit, p. 344

⁸¹² Colombia. Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, mediante el cual se declaró el Estado de Conmoción Interior, por el término de noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha de su expedición.

⁸¹³ Se hizo prorrogable a través de una reforma constitucional por la cual se modifican cuatro artículos de la constitución "para enfrentar el terrorismo" fue aprobada como el acto legislativo cuyo texto es el siguiente. "acto legislativo 02 diciembre 18 de 2003 por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo".

⁸¹⁴ El art. 213 de la Constitución reza así: En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

presidente de la Nación, so pretexto de enfrentar el terrorismo, pues como dice en su motivación:

El permanente accionar de los grupos delincuenciales y al margen de la ley, que permiten deducir claras y concretas intenciones de continuar sus actos delictivos y desconocer el orden jurídico y la legitimidad de las autoridades nacionales y locales (...), hace necesario e inaplazable la continuidad de las facultades excepcionales que le permitan enfrentar y reprimir dichas acciones e impedir la extensión de sus efectos, de suerte que esté en plena capacidad de responder de forma inmediata y contundente a las organizaciones interesadas en atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad estatal y la convivencia ciudadana.⁸¹⁵

No obstante, por el actuar de la Corte Constitucional,⁸¹⁶ dicho estamento no nace a la vida jurídica, debido a que existió un vicio insubsanable que afectaba la integralidad de la formación del Acto Legislativo. Pero incluso, como ratificó la misma Corte, si fuera subsanable, no era posible, pues su corrección se realizaría por fuera de los dos períodos ordinarios consecutivos que constitucionalmente se exige para la aprobación de los actos legislativos. Motivaciones por vicios procedimentales en la forma, más no en el fondo del asunto, y de haber sido subsanado, se hubiera creado con el carácter de permanente con la facultad para realizar allanamientos, detenciones e interceptaciones de comunicaciones sin orden judicial.

Debate que vuelve y se pone en boga en el 2008 durante su segundo período consecutivo de gobierno, cosa que es limitada por la Corte Constitucional como guardiana de la defensa de la Constitución, dejando sin piso legal el estado de conmoción interior que había sido decretado por el gobierno para atender la

⁸¹⁵ Colombia. Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002.

⁸¹⁶ Colombia. Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad, C-814 Agosto 30 de 2004. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. El vicio consistió en la supresión de los efectos jurídicos y prácticos de la votación realizada en el sexto debate en la segunda vuelta en la Cámara de Representantes del informe de ponencia el día 5 de noviembre de 2003, la cual no alcanzó la mayoría absoluta requerida por el artículo 375 de la Constitución, en armonía con el artículo 119 ordinal 1º del Reglamento del Congreso, para la aprobación de los actos legislativos en segunda vuelta”.

congestión judicial.⁸¹⁷ En consecuencia, en sentencia C-070/09, la Corte Constitucional afirmó que, “(...) solo se puede acudir al estado de conmoción interior cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza gravemente la seguridad del Estado, la estabilidad institucional o la convivencia ciudadana”.⁸¹⁸

Si bien, el Decreto 3929 de 2008 cumplía con los requerimientos formales exigidos por el artículo 213 de la Constitución para la declaratoria del estado de conmoción interior, en el examen del presupuesto valorativo la Corte Constitucional encuentra que el Gobierno no cumplió con la carga mínima de apreciación exigida por la Constitución y por la Ley Estatutaria de estados de excepción (LEEE), respecto del carácter grave y extraordinario de los hechos invocados, así como de su vocación para alterar el orden público.

Esta ausencia de valoración convierte en arbitraria la declaración de un estado de emergencia, pues significa una elusión de las cargas argumentativas mínimas a cargo del gobierno impuestas por la Constitución y por la LEEE, a la vez que impide el ejercicio del control constitucional. Justamente, la ausencia de valoración sobre los supuestos fácticos invocados tiene como consecuencia la inconstitucionalidad del Decreto 3929 de 2008, pues el Gobierno en la declaratoria del estado de conmoción interior omitió uno de los requisitos materiales señalados por la Constitución y por la LEEE.

Finalmente, se estableció un estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, y en su desarrollo expidió una serie de

⁸¹⁷Al respecto léase Revista Semana: Corte Constitucional tumbó la conmoción interior viernes, 08 de mayo de 2009. [En línea] disponible en <<http://www.semana.com/noticias-justicia/corte-constitucional-tumbo-conmocion-interior/120675.aspx>>.

⁸¹⁸Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-070/09. Magistrados ponentes: Dr. Humberto Antonio Sierra & Dra. Clara E. Reales Gutiérrez.

decretos legislativos⁸¹⁹ y decretos ordinarios, con lo cual “se prefirió la emergencia a la normalidad, la decisión autocrática a la democrática, la legitimación del Gobierno a la credibilidad del juez constitucional, la *última ratio* a la *prima ratio*, el personalismo presidencial al ordenamiento jurídico, la concentración del poder al respeto por la división y el equilibrio entre poderes”.⁸²⁰

Algunos autores concluyen que no es difícil demostrar el carácter autoritario de las decisiones de emergencia del Gobierno Uribe, así, *verbi gratia*: “el recurso al estado de excepción en su modalidad de emergencia social, en vez de recurrir a la legislación ordinaria o de la normalidad, es quizá la prueba más contundente del autoritarismo”.⁸²¹ Ya había advertido FERRAJOLI –también AGAMBEM–⁸²² acerca de los riesgos que implica en el Estado de Derecho el recurso a la “emergencia”⁸²³ hasta el punto casi de demostrar su incompatibilidad total,⁸²⁴ justamente por ser un arma que desvía la atención para abandonar el propio Estado de Derecho.

Sin embargo, puede decirse que en esta constante de declaratorias de estados de excepción, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental, poniendo límites necesarios al Ejecutivo, de hecho, en el gobierno posterior a Uribe, con su sucesor, el presidente Santos, hay otro intento de declaratoria de estado de excepción, con lo cual la Corte Constitucional en Sentencia C-276/11

⁸¹⁹ Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”; Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”; Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”; Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”. Cfr. MONTOYA BRAND, Mario. “Declaratoria de la emergencia global y el perfil del gobierno de Uribe: Algunas reflexiones”. *Diálogos de derecho y política. Revista Electrónica de Derecho y Ciencias Políticas*, 1 (3), p. 16).

⁸²⁰ Ibidem. p. 16.

⁸²¹ Ibid. p. 8-9.

⁸²² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción. Homo sacer (II, I)*. Op. Cit, p. 5.

⁸²³ YACOBUCCI, Guillermo. “Política criminal y delincuencia organizada”, en YACOBUCCI, G. (Coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 69.

⁸²⁴ MONTOYA BRAND, Mario. Op. Cit, p. 8-9.

responde con la inexecutable del Decreto 020 de 2011, lo que igualmente sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 141 de 2011, configurándose lo que esta Corporación ha denominado “una inconstitucionalidad por consecuencia”, pues excluida del ordenamiento jurídico la norma de autohabilitación por decisión de inexecutable, los decretos legislativos dictados a su amparo corrieron la misma suerte.

En el análisis que este estudio convoca, puede concluirse afirmando que, la excepcionalidad será siempre peligrosa y sobre todo en materia punitiva, toda vez que “el derecho penal en Colombia es un arma de guerra –y en tal sentido es un derecho ilegítimo– que, como todas, se utiliza para aniquilar o en todo caso vencer al adversario; pero también, al mismo tiempo, es una herramienta necesaria en la construcción de un proyecto de ciudadanía, en cuanto mecanismo de protección de los derechos del individuo”.⁸²⁵ Por ello no se puede ocultar que en la lógica maquiavélica del “fin que justifica los medios” la estrategia podría ser útil: tanto “que la tentación de exportarla a otros sectores de la justicia penal parece difícilmente refrenable.”⁸²⁶

3.1.1.3.2. Estrategia de debilitamiento político y militar de las FARC, versus el paramilitarismo en la lucha contra el terrorismo

Para entender el protagonismo que adquiere el tema del terrorismo en Colombia, hay que remitirse a 1980, época en la que se introduce a través del Código Penal; hito normativo que tipificó por primera vez el delito de terrorismo.⁸²⁷ Se incluyó este tipo penal, al mismo tiempo que se mantenía vigente toda la estructura del

⁸²⁵SOTOMAYOR ACOSTA, Juan. “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”. *Nuevo Foro Penal*, nº. 71, 2007, p. 16.

⁸²⁶*Idem*. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”. En *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010, p. 239.

⁸²⁷ En la lucha contra el terrorismo, años atrás, se creó también en Colombia por vía de estado de sitio, un estatuto denominado “estatuto antiterrorista”, o decreto 180 de 1988, por el cual se complementaron algunas normas del Código Penal y se dictaron otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público.

delito político que ha acompañado la tradición de Colombia desde el siglo XIX.⁸²⁸ Tema que también estuvo presente al entrar en vigencia el Código Penal de 2000.⁸²⁹ Con todo, la problemática del terrorismo ha tenido diferentes estrategias de ataque por parte del Estado.

En la práctica el tema del terrorismo se utiliza indistintamente tanto en casos de narcotráfico, rebelión, como en casos de crimen organizado, así como también en situaciones de persecución penal, en ocasión a graves violaciones de los derechos humanos.⁸³⁰ Pero cuando se habla de terrorismo, se pretende significar, como su nombre lo indica, conductas o acciones que generan terror, miedo, perturbación, pánico, genera tantas cosas que el tema mismo genera confusión.

Como concepto, constituye una definición ambigua y plurifacética que se emplea vagamente en ocasiones por quienes se ven afectados por choques de intereses o por quienes tienen dominio sobre el resto del conglomerado social, como excusa para implementar estados de emergencia en la sociedad del riesgo. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término «terrorismo» como:

- a. Dominación por el terror.
- b. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.
- c. Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos.

⁸²⁸ APONTE, Alejandro. *Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia*. Op. Cit. 21.

⁸²⁹ Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de Colombia. Art 343 de la Ley Estatutaria mediante el cual se adopta el Estatuto Nacional para Enfrentar el terrorismo: "El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta[...]".

⁸³⁰ AMBOS, Kai. *Jurisprudencia Latinoamericana*. Op. Cit. p. 203.

De la misma manera el terrorismo es definido genéricamente, como: “actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general en un grupo de personas o en determinadas personas que resultan injustificables en todas circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índoles que se hagan valer para justificarlo”.⁸³¹.

Más recientemente el Consejo de Seguridad de la ONU, en resolución 1566 de 2004, define el terrorismo como actos criminales cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de persona o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones, y los protocolos internacionales, relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito.

Pero independientemente de las esferas de su campo de acción, el terrorismo es un fenómeno que data desde tiempo atrás, inclusive, en el plano convencional, los tratados internacionales de ámbito internacional relativos al terrorismo, ya existían. Lo que sucedía era que la mayor parte de los Estados se mostraban indiferentes a la hora de ratificarlos.

La dimensión del terrorismo como conducta transgresora de los derechos humanos, tampoco tiene lugar hasta fecha muy reciente. Fundamentalmente esta perspectiva del problema sólo es retenida a partir de la conferencia mundial sobre DD.HH organizada por las ONU en Viena en 1993. A partir de esa fecha tanto las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como las adoptadas en el marco

⁸³¹ FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ, Carlos. *Terrorismo y derechos humanos: Una aproximación desde el derecho internacional*. Fundación Víctimas del Terrorismo. Madrid: Dickinson, 2005, p. 43.

de la Comisión de Derechos Humanos de la misma organización, abordan esta dimensión del terrorismo.⁸³²

En este afán de encontrar una definición, se han creado múltiples instrumentos internacionales en el intento de luchar contra la impunidad pasando a considerarse el terrorismo como un crimen internacional. A continuación se mostraran algunos ejemplos del marco jurídico en la Organización de Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁸³² *Ibíd.* p. 14 - 15.

ILUSTRACIÓN NO. 8 Instrumentos Internacionales sobre Terrorismo*

Organización de Naciones Unidas (ONU)		
INSTRUMENTO	ÓRGANO	AÑO
Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves	Asamblea General de las Naciones Unidas	Tokio, 14 de setiembre de 1963.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.	Asamblea General de las Naciones Unidas	La Haya, 16 de diciembre de 1970
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil	Asamblea General de las Naciones Unidas	Montreal, 23 de setiembre de 1971.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos.	Asamblea General de las Naciones Unidas	Nueva York, 14 de diciembre de 1973.
Convención Internacional contra la toma de rehenes.	Asamblea General de las Naciones Unidas	Aprobada el 17 de diciembre de

* El cuadro es de autoría propia.

	Unidas.	1979. Nueva York.
Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares.	Asamblea General de las Naciones Unidas	Firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional	Asamblea General de las Naciones Unidas	Montreal, 24 de febrero de 1988
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental	Asamblea General de las Naciones Unidas.	Roma, 10 de marzo de 1988.
El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.	Asamblea General de las Naciones Unidas	Aprobado el 15 de diciembre de 1997.
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo	Asamblea General de las Naciones Unidas.	Aprobado el 9 de diciembre de 1999

Organización de Estados Americanos (OEA)		
Tratado Interamericano de Asistencia Reciproca (TIAR), Tratado de Río y su Protocolo de Reforma.	Asamblea General	Firmado el 2 de septiembre de 1947 en Río de Janeiro en la Conferencia de Plenipotenciarios reunida en la ciudad de San José-Costa Rica, en el quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la (OEA) en las enmiendas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
Convención para prevenir y sancionar actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional	Asamblea General	Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971
Declaración De Lima Para Prevenir, Combatir Y Eliminar El Terrorismo	Asamblea General	Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo. Plan de Acción sobre Cooperación Hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo. 23 - 26 de abril de 1996.
Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo.	Asamblea General	Compromiso de Mar del Plata, 23 - 24 de noviembre de 1998.
Carta Democrática Interamericana	Asamblea General	11 de septiembre de 2001 Lima, Perú

Declaración de San Carlos Sobre la Cooperación Hemisférica para Enfrentar el Terrorismo de Manera Integral	Asamblea General	Aprobada en la quinta sesión plenaria celebrada el 24 de marzo de 2006
Amenaza Terrorista en las Américas.	Asamblea General	Resolución aprobada en la primera sesión plenaria, 21 de setiembre de 2001
Convención contra el terrorismo	Asamblea General	Bridgetown, Barbados. 3 junio 2002
Declaración de San Salvador Sobre el Fortalecimiento de la Cooperación en La Lucha Contra el Terrorismo	Asamblea General	Adoptada en la Sexta Sesión Plenaria, celebrada el 24 de enero de 2003.
Declaración de Montevideo	Asamblea General	Adoptada en la quinta sesión plenaria, celebrada el día 30 de enero de 2004
Declaración de Puerto España Sobre el Fortalecimiento de la Cooperación Sobre Estrategias para Sustentar y Avanzar la Lucha Hemisférica Contra el Terrorismo	Asamblea General	Aprobado en la tercera sesión plenaria, celebrada el 17 de febrero de 2005

Nota: El cuadro es de propia autoría. Para mayor información Consúltese en la Página Web de La Organización de Estados Americanos y de la ONU en:
http://www.oas.org/dil/esp/terrorismo_otros_instrumentos.htm y <http://www.un.org/spanish/>

Como se puede advertir, esta normativa data desde tiempo atrás, pero sirvió como instrumento para volver a reorientar el debate sobre el fenómeno del terrorismo después de los atentados a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, en los EE.UU. Situación que ha sido muy bien utilizada en el escenario colombiano, para contrarrestar a todos aquellos grupos que han sido identificados bajo este precepto, en la utilización, como se observó, de constantes estados de excepción y otras normatividades.

Justamente, el tema del terrorismo es activado en el Estado colombiano porque los grupos armados disidentes –principalmente las FARC—han empleado también como estrategia de ataque la comisión de atentados en forma indiscriminada y secuestros, en violación de los principios más básicos del derecho internacional humanitario, causando numerosas víctimas entre la población⁸³³ civil. De ahí que, el tratamiento que han recibido ha sido el de terroristas enemigos del Estado.

Por ello Uribe en sus dos períodos consecutivos ha elaborado una estrategia que se basa en el debilitamiento militar de las FARC, puesto que, gran parte de la población, cansada de los combates de los grupos guerrilleros, decidió apostarle a un plan muy ambicioso de lucha frontal en contra de los denominados narcoterroristas, por los fallidos y constantes esfuerzos de paz a lo largo de la historia.

Es claro que durante los últimos quince años, los actores en el conflicto armado interno –en particular las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las FARC— han empleado la comisión de masacres como estrategia contra miembros de los sectores más vulnerables tales como los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y los desplazados; y la comisión de asesinatos selectivos y desapariciones forzadas como estrategia contra defensores de derechos humanos, operadores de justicia, líderes sindicales y sociales, periodistas y candidatos a

⁸³³ Consúltese al respecto, el documento de pronunciamiento de la Comisión Interamericana de derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en Colombia. 2006. Disponible en: www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/agosto/03/pronun_cidh.doc. [Consultado en mayo de 2009].

cargos de elección popular quienes han sido repetidamente declarados como objetivos militares, principalmente por las AUC.⁸³⁴

Tal devoción y aceptación por parte de la población colombiana, en cuanto a la estrategia de “seguridad democrática” por parte del gobierno, es relativa: aunque el presidente Uribe fue reelecto, buena parte de la población rechazó dicha estrategia por considerar que sus prácticas no van acorde con el Estado Social de Derecho. Además, violentan postulados de tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario de los cuales hace parte Colombia. Es más, a la fecha (2014), al ex mandatario se le está investigando por promover, auspiciar y apoyar a grupos paramilitares,⁸³⁵ desde años pasados se le viene vinculando en posibles nexos con paramilitares y narcotraficantes en el departamento de Antioquia. Así por ejemplo hay registros de que:

En los años 1995-1997 Álvaro Uribe Vélez (como Gobernador de Antioquia) años después de haber ocupado por un corto período el de Alcalde de Medellín, con su consabida y catastrófica salida. Impulsaría las CONVIVIR- Cooperativas de vigilancia privada- que serían creadas por campesinos civiles armados para luchar contra la delincuencia y la inseguridad [...] Pero en realidad, las CONVIVIR habían sido conformadas para defender los intereses de los terratenientes de la región, proteger a los cárteles de la droga y aterrorizar al campesinado supuestamente acusado de ser auxiliar de las guerrillas de izquierda. Con el correr del tiempo se convertirían en temibles escuadrones de la muerte (solamente llamados por las élites y la poderosa prensa, Autodefensas unidas de Colombia, UAC). Asesoradas y asistidas por las fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los servicios secretos (DAS), tolerados por el Estado Colombiano y financiados por los cárteles de la droga. Lo anterior con un abierto beneplácito por parte de los diferentes gobiernos de los Estados Unidos, que han participado con hombres, armamento y dinero [...].⁸³⁶

⁸³⁴ Entiéndase por tal, Autodefensa Unidas de Colombia (AUC).

⁸³⁵ Cfr. Tribunal Superior del Distrito. Sala de Justicia y Paz. Magistrado Ponente Rubén Darío Pinilla Cogollo. Medellín, Septiembre 4, 2013.

⁸³⁶ CAMARGO V, Sergio. *El narcotraficante nº 82 Álvaro Uribe Vélez Presidente de Colombia*. Paris: Universo Latino. Association. 1era, 2008. p. 26 y ss.

En cuanto al surgimiento de este otro actor armado, los paramilitares, se puede decir que en su momento surgieron desde la década de los 60s, para contrarrestar las atrocidades hechas por la guerrilla a la población civil, pues de la mano de la fuerza pública en una labor conjunta, trataron de contrarrestar el enemigo interno, en lucha contra el terrorismo. Pero al igual que aquellas, corrompieron sus prácticas y terminaron haciendo las mismas barbaries de quienes decían defenderse.

Aparecen en ocasión al decreto de Estado de Sitio N° 3398 de 1965, aquel se promulgó en forma transitoria y establecía poderes al Ministro de Defensa Nacional, facultándolo para que civiles fueran utilizados en actividades y trabajos que contribuyeran al restablecimiento de la “normalidad del país”, amparando cuando lo estimara conveniente y como de propiedad particular, la existencia de armas que eran consideradas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Así se armaron los primeros grupos de civiles amparados por el Estado.⁸³⁷

Vale destacar el parágrafo (3) del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965, el cual facultaba al Ministerio de Defensa Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y en desarrollo del cual se impulsaron los reglamentos militares que propiciaron la formación de grupos paramilitares⁸³⁸. Además se constituyeron manuales, que regulaban las funciones de patrullaje y apoyo a la ejecución de operaciones de combate y de inteligencia militar que desempeñaban los miembros de los grupos o juntas de autodefensa, así como las funciones de organización y control que respecto de ellos debían ejercer los miembros de las Fuerzas Militares. Esta fue la base para la construcción del “Reglamento de Combate de Contraguerrillas”.⁸³⁹ Todo

⁸³⁷ SEMBRAR, Op. Cit, p. 5.

⁸³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. 2007, párr, 83. La Corte estimó preciso enfatizar que los citados reglamentos y manual de combate constituían una normativa que regulaba de forma más detallada y con mayores alcances las funciones y relaciones entre los grupos de civiles armados y las fuerzas de seguridad del Estado, que la regulación dispuesta en el Decreto Legislativo 3398 de 1965. Es decir, existían normas jurídicas que autorizaban expresamente que grupos de civiles fueran armados, entrenados y organizados por el Estado para recibir órdenes de oficiales de las Fuerzas Armadas con el objetivo de que participaran y colaboraran en acciones de seguridad propias del Estado.

⁸³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. 2007, párr, 88.

lo anterior ha sido el soporte de varias condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cabeza del Estado. Se comprobó, en tal sentido, que los grupos paramilitares eran formados y financiados por narcotraficantes y, tal vez, algunos terratenientes. Fueron a su vez vinculados con elementos de las Fuerzas Armadas y de la Policía, pudiendo desplazarse con facilidad para cometer sus asesinatos impunemente.⁸⁴⁰

Al respecto, puede concluirse que los grupos “paramilitares” nacieron ligados al Ejército colombiano en virtud de su motivación contrainsurgente; pues los llamado también “grupos de autodefensa” se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales. El Estado impulsó su creación entre la población civil, con los fines principales de auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antsubversivas y para defenderse de los grupos guerrilleros, es decir, en su concepción inicial no tenían fines delictivos. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. Sin embargo, muchos “grupos de autodefensa” cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados “paramilitares”.⁸⁴¹ Dicho grupo obtuvo válidamente cinco características distintivas, a saber:

Son contrainsurgentes, civiles, autónomos del Estado, están fuertemente penetrados por el narcotráfico y tienen estructuras muy complejas. Estas características los hacen muy diferentes de otros casos de grupos paramilitares que han surgido en conflictos armados de distintos países. En efecto, (...) el auge de los grupos paramilitares está muy ligado a la expansión y fortalecimiento de los grupos guerrilleros ocurrido a mediados de los años noventa del siglo pasado. Fueron las prácticas depredadoras de los grupos guerrilleros y la impotencia del Estado para contenerlas las que impulsaron la

⁸⁴⁰Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párr, 84-86. Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 2007, párr, 83. Cfr. informe de la visita realizada a Colombia en octubre de 1989, por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias.

⁸⁴¹Corte Interamericana de derechos humanos. Caso 19 comerciantes vs. Colombia. En el presente caso ha quedado demostrado (párrs. 85.b, 85.d, 85.e, 85.f, 85.h y 86.b) que miembros del referido grupo “paramilitar” o grupo delictivo que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá, con el apoyo y colaboración de miembros de la Fuerza Pública, detuvieron y dieron muerte a los 19 comerciantes en octubre de 1987 y que, no bastándoles con esto, descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena, frente al sitio “Palo de Mango”, con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió. Párr. 138.

conformación de organizaciones paramilitares en muchas zonas del país.⁸⁴²

Efectivamente, por las circunstancias delictivas que se agravaron con la aparición de este nuevo actor en el conflicto, el 8 de junio de 1989, el Estado colombiano emitió el Decreto 1194, por el cual se adicionó el Decreto legislativo 0180 de 1988, para sancionar nuevas modalidades delictivas, buscando el restablecimiento del orden público. En este decreto se tipificó la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos “tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”,⁸⁴³ y cuando no, autodefensas.⁸⁴⁴

Finalmente el 25 de mayo de 1989 la Corte Suprema de Justicia de Colombia declaró la inconstitucionalidad del referido decreto, tras lo cual el Estado adoptó una serie de medidas legislativas para “criminalizar” las actividades de los grupos “paramilitares” y de quienes los apoyaran. Sin embargo, aún siendo “simultáneamente adversarios, aliados y párasitos del Estado”⁸⁴⁵, hoy en día los paramilitares son actores que se han visto favorecidos en la política de seguridad democrática del Gobierno de Uribe, a través de la Ley 975 de 2005, —mejor

⁸⁴²RANGEL, Alfredo. Prólogo. “¿Adónde van los paramilitares?”. Alfredo Rangel (ed.). En *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta, 2005, pp. 11-23.

⁸⁴³Ibídem. En la parte considerativa de esta norma se expuso que “los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados “paramilitares”, constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos”. También se tipificó la vinculación y pertenencia a dichos grupos, así como el instruir, entrenar o equipar “a personas en tácticas, técnicas o 115 procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas” de los referidos grupos armados. (...) Es importante resaltar que, además, se estipuló como agravante de las anteriores conductas, el hecho de que fueran “cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado”, de lo cual se deduce que esta agravante tuvo una importante motivación, cual fue que efectivamente miembros de la Fuerza Pública tenían vinculación con tales grupos delincuenciales. Todos estos hechos en definitiva originaron que se declara la responsabilidad internacional del Estado.

⁸⁴⁴KALYVAS, Stathis. ARJONA Ana. “Paramilitarismo una perspectiva teórica”. Alfredo Rangel (ed.). En *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta, 2005, p. 26.

⁸⁴⁵GUTIÉRREZ, Francisco y Barón Mauricio. “Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia, 1978-2004”. Francisco Gutiérrez Sanín, María Emma Wills, Gonzalo Sánchez. (Eds.). *Nuestra guerra sin nombre transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006, p. 301.

conocida como Ley de Justicia y Paz— que busca la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, siempre y cuando contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional en la búsqueda de acuerdos humanitarios.

Aún las circunstancias, con la política de seguridad democrática el ex-presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ ha logrado que un sector importante de la población lo tilde de “paramilitar” –hecho no probado hasta el momento– pues para muchos críticos, bien sea por su pasado sospechoso o por el análisis elaborado por la comunidad internacional, la ley de justicia y paz lejos de crear “la paz” nacional, ayuda para la consecución de la impunidad, ya que puede suceder que las víctimas directas del conflicto y sus familiares no sepan nunca la verdad de los hechos. Por lo cual no se garantizarían los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

La Corte Constitucional en Sentencia C-370/06, define a la Ley 975/05 como un instrumento encaminado a facilitar la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de ex-miembros de los grupos armados al margen de la ley, a fin de alcanzar la pacificación. Considera que el objetivo de la norma es el de establecer beneficios penales sin desproteger los derechos de las víctimas a fin de hacer efectivo el derecho a la paz.⁸⁴⁶

Entre los requisitos de elegibilidad para acceder a beneficios judiciales establecidos en el artículo 10 y 11 de la citada Ley, se establece como condición que el grupo armado organizado al margen de la ley que se desmoviliza no “se haya organizado para...” o “tenido como finalidad” el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito. Se trata de una condición de elegibilidad destinada a evitar que el proceso de negociación y su marco normativo sean utilizados como vía subrepticia de legalización de las actividades vinculadas al narcotráfico.⁸⁴⁷

⁸⁴⁶ Colombia. Corte Constitucional en Sentencia C-370/06. Cfr. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y Alcance de la Ley de Justicia y Paz en La Colombia. OEA/Ser/L/V/II.125, 1 de agosto 2006.

⁸⁴⁷ Cfr. Sentencia C-370/06.

Empero, un proceso de esta naturaleza corre el riesgo de terminar convertido en una ley de perdón y olvido, al buscar que el victimario acepte su responsabilidad, repare a las víctimas o a sus familiares y tenga algún tipo de pena alternativa distinta a la prisión, lo que resulta un tratamiento judicial benévolo para la naturaleza de sus crímenes (...). El gobierno ha iniciado un proceso en el que, sin anclajes jurídicos claros, coloca en riesgo no sólo su propia legitimidad, construida sobre la fuerza y con mucha precariedad, sino los fundamentos mismos del estado social de derecho.⁸⁴⁸

Máxime cuando se evidencia que los grupos paramilitares han estado ligados al narcotráfico en su constitución y su posterior desarrollo. Por tanto, los artículos 10 y 11 de la cita ley,⁸⁴⁹ obligan al intérprete no sólo a examinar el

⁸⁴⁸MEDINA GALLEGO, Carlos. "La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación". En revista: *Análisis político*, nº 53, Bogotá, 2005, p. 87.

⁸⁴⁹Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional. 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.

nacimiento del grupo, sino también su desarrollo histórico y su dinámica de funcionamiento, a fin de observar si las modalidades de organización del grupo responden a fines de narcotráfico o enriquecimiento ilícito. Ello obliga a estudiar los diversos niveles de relaciones o vínculos que los bloques desmovilizados pudieran haber establecido con el narcotráfico, incluso las relaciones y vínculos operativos, económicos, de disposición territorial, la denominada “venta de franquicias”, así como las variadas relaciones entre sus líderes.⁸⁵⁰ Por tanto, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley, para dejar por sentado, algunos aspectos prioritarios que ya han sido advertidos por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos:

La ley no establece claramente los mecanismos judiciales necesarios para que se pueda esclarecer el fenómeno macro criminal que se afronta. Tampoco establece mecanismos judiciales que aseguren la revelación de la verdad sobre los delitos concretos cometidos por los integrantes de los grupos específicos que se desmovilicen. En efecto, las personas que se acogerán a los beneficios de la ley, tienen la única obligación de aceptar los delitos que el Estado este en capacidad de imputarles (...) pero es completamente insuficiente para garantizar el contenido constitucional mínimo del derecho a la verdad.⁸⁵¹

Según establece la jurisprudencia del Sistema Interamericano, los Estados tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.⁸⁵² En general, durante el año 2005 y 2006 se adoptaron, a nivel interno, normas especialmente destinadas a juzgar e imponer sanciones a los miembros de grupos ilegales que –habiendo depuesto las armas tras participar en el conflicto

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito. Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación.

⁸⁵⁰Corte Constitucional, Sentencia C-370/06.

⁸⁵¹Ibid, Sentencia C-370/06.

⁸⁵²Véase: Corte IDH *Caso Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 236-237; *Caso del Carazco Vs. Venezuela*. Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C. n° 95, párr. 77-78; *Caso Blake Vs. Guatemala*, Reparaciones y costas, Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C n° 48, párr. 31-32; *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y costas. Sentencia de 20 de enero de 1999, Serie C. N° 44, párr. 41; *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C. n° 43, párr. 53.

armado— se hayan involucrado en la comisión de crímenes contra la población civil.⁸⁵³

De esta forma, el gobierno nacional y las derechas insisten, mediante todas las argucias imaginables, en dar tratamiento político a los grupos paramilitares. Por su parte, Fernando Londoño, Exministro de Interior y Justicia del 2002 al 2004, señaló en su columna del diario el Tiempo que: “(...) los tales paramilitares se enfrentaron a la guerrilla dentro de esa ausencia total de poder legítimo, no para reivindicarlo sino para sustituirlo. Eso es política con todo lo detestable que se quiera”.⁸⁵⁴

El Gobierno argumentó que la Ley de Justicia y Paz es una fórmula que permite darle viabilidad y sostenibilidad al proceso de negociación y DDR (Desarme, Desmovilización y Reinserción) que se ha desarrollado con estas agrupaciones armadas durante los últimos 5 años. Sin embargo, según la ONG Amnistía Internacional:

Entre 2006 y 2008, los casos de las personas y comunidades que han sido golpeadas con mayor dureza por el conflicto, son miembros de comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas que han sido víctimas de homicidio o de desplazamiento forzado. En 2007 hubo alrededor de 1.400 homicidios de civiles, superior a los 1.300 que se dieron en 2006. En los casos en los que se logró identificar a los autores, las fuerzas estatales fueron responsables de al menos 330, los grupos paramilitares de unos 300 y los grupos guerrilleros de alrededor de 260.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. En su comunicado el 8 de diciembre de 1997, en Bogotá. identificó los siguientes problemas más importantes que enfrenta Colombia en la esfera de los derechos humanos: La violencia cometida por las fuerzas de seguridad, los grupos disidentes armados, las organizaciones paramilitares y los denominados grupos "CONVIVIR" (servicios especiales de protección y seguridad privados); La impunidad y sus graves consecuencias para el imperio de la ley; Las deplorables condiciones carcelarias; La situación de los desplazados internos; La situación de las minorías étnicas, las mujeres y los niños; y La situación de los defensores de los derechos humanos y de los periodistas.

⁸⁵⁴ VÁSQUEZ, Teófilo. “Entre la combinación de las formas de lucha y la parapolítica”. En: *Revista Cien días vistos*, Bogotá: Cinep, n.º. 62, 2008, p. 1.

⁸⁵⁵ Amnesty International: Más muertes y abusos mientras el gobierno colombiano niega la situación de derechos humanos [en línea] <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/gobierno-colombiano-niega-situacion-derechos-humanos-2008-10-28>.

En síntesis, el fenómeno del paramilitarismo en Colombia es resultado de una crisis política y militar del Estado colombiano, del auge de la guerrilla y de la persistencia del narcotráfico, a pesar de los vanos intentos de distintos gobiernos por neutralizarlo.⁸⁵⁶ El paramilitarismo así concebido, es pues, el fenómeno militar, social, económico y político de mayor crecimiento en los últimos años, de mayor efectividad criminal en términos del ejercicio de las prácticas del terrorismo y el mejor soporte con que ha contado el Estado para el desarrollo de su estrategia de guerra contrainsurgente.

Los grupos paramilitares desplazaron a la guerrilla de importantes regiones del país, transformaron sustancialmente las relaciones con la población, aniquilaron la resistencia social y la oposición democrática de la sociedad civil, se convirtieron en nuevos agentes de la acumulación capitalista, generando en el campo el fenómeno del desplazamiento forzado y, por esa vía, la relativización y la implementación de grandes proyectos agroindustriales, bajo su tutela.⁸⁵⁷

En tal sentido, la política de seguridad democrática del Ex presidente Uribe, tuvo como preocupación central “recuperar el orden y la seguridad –requisito cardinal para la vigencia real de las libertades y los derechos humanos–. Pues la *Seguridad Democrática* es lo que se requiere para garantizar la protección de los ciudadanos: que el Estado proteja a todos por igual y sin distinción, para que todos los colombianos puedan disfrutar de sus derechos”.⁸⁵⁸ Desde esta óptica, la seguridad es entendida como requisito *sine qua non* para el ejercicio de los derechos y la protección de los ciudadanos.

⁸⁵⁶RANGEL, Alfredo. Op. Cit. p. 2.

⁸⁵⁷MEDINA GALLEGOS, Carlos. Op. Cit, p. 77-87.

⁸⁵⁸Colombia. Presidencia de la República. Ministerio de Defensa Nacional. Política de Defensa y Seguridad Democrática. [En línea]. Disponible en: <http://www.presidencia.gov.co/seguridad_democratica.pdf>. Como se desprende del texto, la Política de Defensa y Seguridad Democrática es el documento marco mediante el cual el Gobierno Nacional trazó las líneas básicas de la Seguridad Democrática para proteger los derechos de los colombianos y fortalecer, con la solidaridad de la ciudadanía, el Estado de Derecho y la autoridad democrática, donde quiera que esté amenazada. La Política de Defensa y Seguridad Democrática es una política de Estado de largo plazo, que se desarrollará en coordinación con todas las entidades del Gobierno y las demás ramas del poder. La verdadera seguridad depende no sólo de la capacidad de la Fuerza Pública de ejercer el poder coercitivo del Estado, sino también de la capacidad del poder judicial de garantizar la pronta y cumplida administración de justicia, del Gobierno de cumplir con las responsabilidades constitucionales del Estado y del Congreso de legislar teniendo presente la seguridad como el bien común por excelencia de toda la sociedad.

En consecuencia, la consolidación progresiva del control estatal sobre la totalidad del territorio fue la prioridad, ello tratando de contrarrestar el fenómeno del narcotráfico, para no poner en peligro la estabilidad institucional del Estado y la seguridad de los ciudadanos. Como quiera que su poder de corrupción es una amenaza a la democracia y su connivencia o fusión con el terrorismo es un riesgo no sólo para Colombia, sino para buena parte del hemisferio, en especial para aquellos países que no cuentan con una justicia y unas instituciones fuertes.⁸⁵⁹

En el desarrollo de la cita política el foco de ataque ha sido muy por el contrario, no los paramilitares sino las FARC, teniendo entre otros tantos resultados, –por parte de las Fuerzas Armadas de Colombia–, la muerte en territorio ecuatoriano de Raúl Reyes, uno de los principales cabecillas de la agrupación guerrillera, situación que generó una de las crisis políticas y diplomáticas más grandes de los últimos tiempos en América Latina.⁸⁶⁰

La razón de tal cosa obedece a que se violentó la soberanía del Estado Ecuatoriano por parte del ejército, pues el gobierno de Colombia debió actuar en consonancia con las normas mínimas del derecho internacional. Este hecho, por antonomasia, se circunscribe como consecuencia directa de la lucha contra el terrorismo en el gobierno del expresidente Uribe, y es un ejemplo más de que en la lucha contra el enemigo es permitida hasta la guerra.

Recuérdese, por ejemplo, el informe desarrollado por SEMBRAR⁸⁶¹ en el año 2005, donde se describe conforme al balance presentado por Amnistía Internacional sobre la situación de derechos humanos en Colombia, que la práctica de torturas, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, asesinatos y desapariciones, así como la vulneración del derecho a la defensa y de las garantías procesales en los tribunales militares, la declaración permanente del estado de sitio y en general el desconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos reflejaban que más allá de los avances “técnicos” implementados por sus gobiernos,

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

⁸⁶⁰ Vid. CORTÉS RODAS, Francisco. “Guerra y derecho”. En Corporación Viva la Ciudadanía. [En línea]. Disponible en: < <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0103/articulo04.pdf>>.

⁸⁶¹ SEMBRAR. Op. Cit, p. 2.

no se puede hablar simplemente de actos aislados de represión o conductas indebidas de agentes estatales, sino que existen violaciones generalizadas, sistemáticas y crecientes, en lo que se catalogó propiamente como que en las últimas cuatro décadas en Colombia, lo que se ha generado es terrorismo de Estado.⁸⁶²

En efecto, según ha manifestado SUSAN LEE, directora del Programa Regional para América Latina de Amnistía Internacional, después de años de violencia generalizada, los hechos punitivos se desplegaron explotando particularmente a las mujeres, pues para conseguir una ventaja militar, las fuerzas de seguridad, los paramilitares respaldados por el ejército y las guerrillas, han convertido en campo de batalla los cuerpos de miles de mujeres y niñas. Drama que convierte al Estado colombiano en escenario perfecto para aplicar un derecho penal del enemigo.

Empero, el paramilitarismo ha construido una estrategia de legitimación social que ha contado con un amplio apoyo de los medios de comunicación y un discurso de redención social y política de la sociedad colombiana, sobre el cual construye su “autoridad moral”, generando un fenómeno de fascistización social creciente.⁸⁶³

Esta situación ha acarreado serias preocupaciones entre algunos sectores que consideran que las conversaciones entre el Gobierno y los paramilitares no están conduciendo a la desarticulación del paramilitarismo, sino que se ha quedado solamente en la desmovilización de sus estructuras militares, dejando intactas sus estructuras criminales y mafiosas. En alguna medida, esto ha sucedido, pues las estructuras militares son las más visibles y más fáciles de desmovilizar. No ocurre lo mismo con las otras estructuras, como las redes de vigilantes civiles, los escuadrones de la muerte y las estructuras mafiosas encargadas de mantener el negocio del narcotráfico, así como las responsables de sustraer rentas de manera violenta a la economía formal.⁸⁶⁴

⁸⁶² Ibid, p. 2.

⁸⁶³ MEDINA GALLEGO, Carlos. Op. Cit, p. 78.

⁸⁶⁴ RANGEL, Alfredo. Op. Cit. p.2 y Ss.

A grandes rasgos esta lucha armada se ha traducido en una persecución constante a las FARC, en contraposición a las prebendas a favor de los grupos paramilitares a través de la Ley de justicia y paz, pese a todas las formas posibles de criminalización y terror, asesinatos selectivos, masacres, torturas, desapariciones, sicariato, atentados, desplazamiento forzado, crímenes atroces y de lesa humanidad perpetrados desde su conformación como grupo insurgente.

3.1.1.3.2.1. Los llamados “falsos positivos”

En el año 2008 se consolidó otra dinámica que entorpeció el proceso de consolidación de un gobierno serio y respetuoso de los derechos humanos, pues se suma a esta historia que viene marcada desde finales de los 40s, la aparición de lo que se ha denominado “falsos positivos”,⁸⁶⁵ mecanismo homicida que legaliza las ejecuciones perpetradas por miembros de la Fuerza Pública.

Situación que pone en evidencia la forma como el Estado se burla de sus asociados tratando de vender la falsa imagen de seguridad nacional, pues miembros de las fuerza pública han asesinado a cientos de civiles simulando combates para poder mostrar resultados y éxitos en el gobierno, circunstancia que se traduce en flagrantes violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Según el informe presentado por el Centro de Investigación y Educación Popular/Programa por la Paz (CINEP/PPP-2010), la notoriedad adquirida por la problemática de “falsos positivos” no solo puso de presente la magnitud de este tipo de abuso (465 casos y 940 víctimas entre 2001 y 2009), sino que llamó la atención de la comunidad internacional, lo cual implicó el desarrollo de medidas por parte del

⁸⁶⁵ Legalizar las ejecuciones perpetradas por miembros de la Fuerza Pública es una vieja modalidad criminal en Colombia. En septiembre de 2008, los “falsos positivos” se dieron a conocer al país cuando 19 jóvenes del municipio de Soacha que habían sido desaparecidos, fueron encontrados en fosas comunes en el municipio de Ocaña (Norte de Santander). En años recientes, la plataforma de derechos humanos Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos denunció más de 1.400 de estos casos. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación ha comenzado investigaciones relacionadas con ejecuciones extrajudiciales que involucran a 763 agentes de la Fuerza Pública y que reconocen la existencia de por lo menos 1.137 víctimas. Al respecto Consúltese: International peace observatory. Los “Falsos positivos” son crímenes de Estado. [en línea] Disponible en <http://www.peaceobservatory.org/es/1056313292/los-falsos-positivos-son-crimes-de-estado>.

gobierno para la investigación de los casos. Según lo investigado hasta ahora por PHILIP ASTON relator de la ONU,⁸⁶⁶ en su visita a Colombia en junio del 2009, describe esta práctica como “el asesinato a sangre fría y premeditado de civiles inocentes, con fines de beneficio”. Ya que es de conocimiento público las prebendas dadas a las fuerzas militares por los “buenos resultados” en la lucha contra el terrorismo.

Reafirma además en su informe parcial, que los guerrilleros de las FARC y del ELN continuaban llevando a cabo cantidades significativas de homicidios ilegales, especialmente para controlar y sembrar el miedo en las poblaciones, rurales, y castigar a aquellos que se supone colaboran con el gobierno, o para promover objetivos criminales. Destacando también, que las ejecuciones perpetuadas por estos actores repercuten de manera desproporcionada en las poblaciones rurales y pobres, pueblos indígenas, afrocolombianos, sindicalistas, defensores de derechos humanos, y líderes comunitarios.

Si se observa, el balance dado posteriormente por el CINEP/PPP,⁸⁶⁷ describe que los casos de ejecuciones extrajudiciales aún se presentan en el país. Pues en 2010 se evidenció un incremento preocupante del 58,3 % en los casos y de 69,5 % en las víctimas, comparándolo con las violaciones ocurridas en 2009. Esto hace pensar que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional deben ser complementadas para garantizar un mayor control de este tipo de infracciones por

⁸⁶⁶ Philip Aston, relator de la ONU que la preocupación más preponderante es la incidencia de los falsos positivos en Colombia en su investigación parcial llevada a cabo desde el 8 al 18 de junio de 2009. el ejemplo que más publicidad ha recibido, es de los homicidios de jóvenes de Soacha en 2008. Donde un “reclutador” engaña a la víctima con falsas pretensiones y la lleva a una localidad remota. Allí, al poco tiempo de llegar, miembros del ejército matan al individuo. Luego se manipula el lugar de los hechos para que parezca que la persona fue dada de baja legítimamente en el fragor de un combate. Cfr. International peace observatory. [En línea]. <http://www.peaceobservatory.org/es/1056314402/primer-informe-del-relator-especial-de-la-onu-philip-aston>. Consultado en agosto de 2009.

⁸⁶⁷ El acumulado de casos y víctimas registrados por el Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política del CINEP/PPP entre 2001 y 2010 es de 562 casos y 1.119 víctimas. Estas víctimas han padecido distinto tipo de violaciones: 887 responden a ejecuciones extrajudiciales, 87 a torturas, 36 a heridos, 41 a amenazas individuales, 63 a desapariciones forzadas e involuntarias y 214 a detenciones arbitrarias. Es alarmante, como lo señaló el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, el retroceso significativo en 2010 de la colaboración de la Justicia Penal Militar con la Justicia Ordinaria en el traslado de casos de “muertos en combate” con signos de violaciones de los Derechos Humanos, que no solo se evidencia por las múltiples trabas en los traslados sino también en los diferentes conflictos entre ambas jurisdicciones.

parte de miembros de la fuerza pública, para efectivamente dar garantías de no repetición.

En suma: guerra de guerrillas, paramilitarismo, terrorismo de estado, narcotráfico, significando con este cúmulo de dinámicas conflictivas, graves violaciones de derechos humanos. Este es el balance de la progresiva desaparición del estado social, que ha fracasado en los objetivos de plena ocupación de los factores productivos, extensión de los derechos sociales, remoción de la desigualdad y otra serie de elementos que se desdibujan por la dinámica de actuar del propio Estado.

El tema de los falsos positivos es un claro ejemplo ante el malestar de la llamada crisis de la seguridad, para legitimar la barbarie, pues para combatir al enemigo público presente en la historia de Colombia, la realidad demuestra que se han cometido toda clase de atrocidades, donde la afectada directa ha sido en últimas la sociedad civil que, ciertamente, en una imagen ciega por la falacia presentada por el gobierno, creía estar segura entre más datos de bajas (muertes), se mostrasen combatiendo a “los enemigos”, cuando en realidad se estaba atentando directamente contra la misma población.

En esta medida, aún con todas las estrategias implementadas en la llamada política de seguridad democrática, se han encontrado múltiples manifestaciones de desestabilidad institucional en el afán de combatir un fenómeno que tiene raíces profundas, en la carencia de estándares mínimos de bienestar –salud, educación, vivienda, pleno empleo, vida digna– más allá de una lucha armada que se disfraza “en lucha de poder” por las diversas expresiones de descontento social ante la constante violación de derechos que ostentan el calificativo de fundamentales.⁸⁶⁸

No obstante, deben hacerse algunas salvedades: Colombia, según su consagración constitucional, se proclama como un Estado Social de Derecho (artículo 1), de entrada tal calificativo es un avance más que significativo, por ello, no

⁸⁶⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 21.

es que no existan cambios positivos –importantes transformaciones han existido en todos los tiempos– pero por diferentes circunstancias terminan contaminados y acaban prevaleciendo estrategias de mercado en función del sistema, aunque se hable de los Estados más desarrollados democráticamente y con los instrumentos internacionales más amplios de protección y con las instancias, órganos y organizaciones internacionales que promueven garantía y defensa de los derechos en esferas donde se mueve el más alto poder.

No es fácil describir en este escrito la situación del Estado colombiano en lo que a las secuelas del conflicto armado y el narcotráfico se refiere, sobre todo por las tantas tragedias que han aterrorizado y marcado la vida de miles de familias colombianas. Los esfuerzos de los diferentes gobiernos desde la década de los 50 han sido notorios, empero, en el afán de combatir a quienes han sido catalogados como los “enemigos”, se ha creado un cierto tipo de regulación, inspirada precisamente en un Derecho penal y procesal del “enemigo” que violenta los Derechos Humanos.

El agravante está en que es el mismo colectivo social el que directamente convalida dicha regulación, en atención al sofisma de la seguridad, pues se crea en el imaginario social la idea de que la protección efectiva de los Derechos Humanos solo es posible en tanto exista seguridad ciudadana, lo cual no es del todo cierto, es solo uno de los tanto aspectos valorados para la sana convivencia en sociedad. En consecuencia, desde los puntos de vistas descritos, se pueden manifestar diversos rasgos diferenciadores de un derecho penal del enemigo presente en el contexto aquí referenciado:

- a. Ante las políticas de seguridad, se ha llegado a un derecho penal al servicio de la seguridad y con excesos. Situación que engendra pérdida de las garantías propias de un Estado Social De Derecho en el ejercicio del *ius puniendi*.
- b. Se genera un abandono del derecho penal de *última ratio* y reaparece un derecho penal de autor en contraposición con un Derecho penal del acto;

- b. Al crearse un sofisma de la pena como protección de los Derechos Humanos, se crea una antinomia entre los Derechos Humanos y el Derecho penal. Cosa que no yuxtapone los intereses en conflicto, sino que los distorsiona en un mar de incertidumbre jurídica. Y;
- c. aún las luchas inspiradas en el respeto por la dignidad humana, el grado de impunidad por los crímenes cometidos por las partes enfrentadas en la época detonante del conflicto, siguen siendo, hoy por hoy, una asignatura pendiente en el Estado colombiano.

Vistas las cosas de este modo, no obstante los cambios meritorios, por diferentes circunstancias termina prevaleciendo la ley del más fuerte, que en lugar de ser la voz de la justicia, es –la del gobernante de turno en el imperio de su propio mandato–, como el más temible leviatán que disfraza las leyes y las transforma a su antojo.

Dicha situación se torna más gravosa cuando el análisis se traslada y fluye directamente hacia las más altas instancias en el campo internacional. Esta cuestión es la que se comprobará que ha existido y existe, incluso desde épocas anteriores a la II Guerra mundial, que es donde inician las batallas más frontales por la protección de derechos humanos en el ámbito internacional. Avances que serán cuestionados, pues como se demostrará en el capítulo siguiente, también el derecho internacional se está contaminando de un modelo para ciudadanos y otro para los “enemigos”.

CAPÍTULO IV. TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional clásico era definido como la rama del derecho que regulaba las relaciones entre los Estados, razón por la cual tenía como característica básica el ser inter-estatal. Sin embargo, a lo largo de la historia el derecho internacional clásico ha sufrido grandes cambios y transformaciones, variando con ello, entre otras cosas, la concepción de sujetos de derecho internacional, que antes era exclusiva de los Estados como sujetos primarios y originarios por excelencia, en ejercicio de la soberanía.

Con estos cambios, y por diferentes contextos emanados de la Segunda Guerra Mundial, se ha integrado a la persona humana en tal categoría; pues anteriormente el derecho internacional clásico “no concedía al individuo ningún derecho, pero tampoco le imponía deber alguno”.⁸⁶⁹ Transformándose entonces, la idea de ver a los Estados como los únicos sujetos y responsables internacionalmente, ya que por diferentes hechos históricos los seres humanos también pueden ser titulares de responsabilidad. La experiencia más completa en la materia lo demuestra, como fue el caso del Tribunal de Nüremberg y la creación con posterioridad de Tribunales Penales Internacionales y Tribunales Penales Especializados; creados precisamente para juzgar a la persona humana por crímenes de trascendencia internacional.

Pero hay que advertir que, tal subjetividad internacional depende de varias factores, uno de los cuales es el hecho de que los Estados cedan soberanía y, para que tal cosa suceda, pueden optar por ratificar tratados internacionales; pues en principio cada Estado tiene soberanía absoluta respecto de las personas bajo su jurisdicción.

No obstante, la excepción a la regla general se expande en el ámbito internacional, cuando de delitos graves y de trascendencia internacional se trate por entenderse como afectada directa la humanidad en su conjunto. Idea puesta en acción al finalizar la Segunda Guerra Mundial en los Juicios de Nüremberg –en

⁸⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Traducción de José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.105.

alemán Nürnberger Prozesse— y en la constitución del Tribunal de Tokio.

En esa medida se generó la posibilidad de que los individuos sean penalmente responsables a nivel internacional por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. De tal forma, que el Derecho penal aparece en este contexto para vincularse al derecho internacional, emergiendo otra rama del derecho, conocida como Derecho penal internacional, para hacer un juicio de reproche, sobre aquellas conductas que lesionen de manera grave, bienes jurídicos reconocidos y protegidos universalmente a las personas individualmente consideradas.

4.1. La persona humana como sujeto de derecho internacional

Se puede decir que en relación a los sujetos el derecho internacional clásico respecto del derecho internacional moderno, por antonomasia se contraponen entre sí. En el primero, como se mencionó, los Estados se consagran como los sujetos originarios,⁸⁷⁰ pues prácticamente era un derecho característico de los Estados, porque es en ellos donde nace y se desarrolla el derecho internacional; se tiene como sujeto, como actor único, al Estado.

En este orden de ideas, los seres humanos en el campo internacional no se asumían como sujetos de derechos y obligaciones, porque se supone que las personas están sometidas al poder del Estado, son de su competencia exclusiva, como ente en principio, con soberanía absoluta. Empero, a lo largo de la historia, aparecen algunas instituciones protectoras como el derecho de asilo, la protección diplomática, y la intervención por causa de humanidad, todas ellas, pensadas para proteger básicamente los derechos humanos de los extranjeros, en una incipiente regulación que contenía un conjunto de derechos que comprometían a los Estados.

De esta forma, como se observa, ni los sujetos del derecho internacional ni su materia fueron, son y serán siempre los mismos. La praxis internacional enseña: *“cómo en épocas pasadas existieron ciertos entes que no eran sujetos del derecho*

⁸⁷⁰VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Internacional Público*. Medellín: Dike, 2005, p. 513.

de gentes y ahora lo son, cómo no existieron ciertas entidades que en la actualidad existen y son sujetos jurídicos-internacionales".⁸⁷¹ Ejemplo claro de ello, es la persona humana que se vincula como sujeto de derecho internacional gracias a la aparición del derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho penal internacional.

Claramente, en este contexto el derecho internacional moderno ha evolucionado, ya que, sin duda alguna, el proceso de globalización que se ha estandarizado, desde hace algún tiempo, también comprende la administración de justicia y la internacionalización de la jurisdicción penal en particular. "*De tal suerte que, el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales con vocación universal, ha permitido que se desarrolle y consolide una situación muy diferente a la que prevalecía hasta hace apenas una década, con la competencia soberana de los Estados*".⁸⁷² Con todo, como se observará a continuación, la concepción de soberanía a cambiado, viéndose limitada en pro de la tutela de los derechos humanos, que surgen como límites al poder del Estado.

4.2. Cambio en la concepción de soberanía

Con la evolución del derecho internacional ha tenido un giro trascendental también la noción y la figura de la soberanía de los Estados. Aquella, deriva de las voces latina *super* y *omnia*.⁸⁷³ Su significado es entonces, la cualidad máxima no subordinada, a ninguna otra. Está noción lleva implícito la negación de cualquier poder superior, ya que, poder soberano quiere decir, poder supremo.⁸⁷⁴ Es la instancia más alta de actuación entre los Estados, que como sujetos con independencia, no están subordinados a ningún otro poder, de ahí la importancia del principio de no intervención, precisamente por el respeto que se deben los Estados en los asuntos

⁸⁷¹ Ibid; p. 92.

⁸⁷² PRIETO SANJUÁN, Rafael A. *Internacionalización de la Jurisdicción Penal*. Estudios de Derecho Internacional. Medellín: Dike, 2005, p. 13.

⁸⁷³ PANTOJA DURAN, David. *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de investigaciones jurídicas, (ed.), 1973, p. 11.

⁸⁷⁴ VILLORO, Miguel. "Tres sentidos de la palabra soberanía". En *revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, nº 48, 1962, p. 682.

de otros sujetos de derecho internacional. Por ello, como explica MIGUEL VILLORO,⁸⁷⁵ la soberanía se concibe como el poder supremo e independiente, como la última instancia ante la cual se deben inclinar todas las decisiones que afectan la vida de la comunidad.

En los términos empleados por ALAN JAMES,⁸⁷⁶ la soberanía es una condición legal, absoluta y unitaria. Características que ROBERT H. JACKSON, explica de la siguiente manera: “legal, en cuanto no está subordinada a ninguna otra soberanía sino que es necesariamente igual para todos los Estados en el derecho internacional. Absoluta, en cuanto no existe una forma intermedia de ejercitarla, siendo los Estados independientes de forma categórica. Y unitaria, en tanto un Estado es una autoridad suprema en su propia jurisdicción”.⁸⁷⁷

Teoría cuestionable en relación a la práctica del principio de no injerencia entre Estados, puesto que a diario se observa como las grandes potencias intervienen en los asuntos de terceros Estados. Además no se puede pregonar una igualdad jurídica absoluta, esto se manifiesta en la forma como algunos evaden sus compromisos internacionales, bien sea en razón a un tratado y sin obtener una efectiva sanción, esencialmente por tratarse de entes que tienen el monopolio de la fuerza, más allá del respeto por las obligaciones contraídas a nivel internacional, sobre todo sí se refiere a la garantía y defensa efectiva de los derechos humanos.

Por su parte, LINARES QUINTANA,⁸⁷⁸ precisa que la soberanía es una noción difícil de definir, no obstante, dice que se trata de una cualidad propia del Estado, la cual denota que éste se encuentra por encima de los demás grupos sociales. Las fronteras del Estado materializan un límite del poder de otros Estados: definen un ámbito de exclusión que se expresa en el llamado *principio de no intervención*. Este

⁸⁷⁵ Ibid, p. 682.

⁸⁷⁶ JAMES, Alan. En cita de: ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco. *Aproximación histórica a la noción de intervención humanitaria en el derecho internacional*. León: Universidad de León, 2002, p. 19 y Ss.

⁸⁷⁷ Ibid. p. 19.

⁸⁷⁸ Vid. LINARES QUINTANA, Segundo. *derecho Constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires, 1981, p. 120 y ss. Cfr. RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo. *Tratados internacionales sobre derechos humanos*. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2005, p. 149-150.

esquema, extraordinariamente simple, proviene de una concepción clásica de la soberanía, cuyo principal expositor fue *JEAN BODIN*. Propuesta seguida por *HERMANN HELLER* cuando la resumió como "un poder hacia fuera independiente y hacia adentro irresistible".⁸⁷⁹ En suma, como explica *MIGUEL VILLORO*,⁸⁸⁰ definida en el sentido de Bodin (1530-1596), como "poder supremo que reina entre súbditos y ciudadanos sin restricciones legales; no sospecho pues de las tormentas que tal significado desencadenaría".

Finalmente, desde el Derecho penal *SOLER*,⁸⁸¹ la describe como la facultad que tiene un país de regular la conducta humana y las relaciones jurídicas dentro de su territorio con exclusión de todo poder extraño. Definición que también es cuestionable, pues se observa también la influencia que ejercen y la forma como intervienen los países desarrollados o las potencias mundiales, en los asuntos de terceros –incluso presionando sobre reformas legislativas en ocasiones nada proteccionistas– quebrantando la soberanía de los Estados que cuentan con menos esferas de poder.

Dejando de lado otras concepciones e interpretaciones de la soberanía del Estado que en definitiva se reconducen a la fundamentación voluntarista o antivoluntarista del derecho internacional, interesa poner de relieve los siguientes puntos:

En el plano jurídico la soberanía no es un poder ilimitado del Estado; 2. En el plano de los hechos, la soberanía estatal cobra frecuentemente perfiles políticos, pero tampoco desde este punto de vista es un poder ilimitado del Estado; 3. Jurídicamente, la soberanía implica la igualdad de los Estados; 4. También en el prisma jurídico comporta la independencia de los Estados y el deber de no intervención; 5. El principio de soberanía sigue teniendo carácter constitucional en el derecho internacional de nuestros días, lo que comporta consecuencia del relativismo, por más que el medio colectivo en que vive inmerso el Estado introduzca algunos límites a este relativismo; 6. En su dimensión jurídica, la soberanía del Estado

⁸⁷⁹ *BACIGALUPO*, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 81.

⁸⁸⁰ *VILLORO*, Miguel. Op. Cit, p. 681.

⁸⁸¹ *SOLER*, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tea, 1988, p.199.

tiene carácter funcional y se traduce en la posesión y ejercicio de una serie de competencias.⁸⁸²

En general, como menciona FERRAJOLI,⁸⁸³ la soberanía pasó de ser considerada un poder ilimitado, de ser conceptualizada como una libertad absoluta y salvaje, a configurarse como un concepto que se encuentra subordinado jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y a la tutela de los derechos humanos.⁸⁸⁴

De esta forma la concepción clásica de soberanía tenía que cambiar cuando en diciembre de 1948 después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (mismo año en que se aprueba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con la que se estableció la creación de la Organización de Estados Americanos, OEA) y cuando el 4 de noviembre de 1950 se aprobó la Convención Europea de Derechos Humanos, y casi 10 años después la Convención Americana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica. Idea generalizada que muestra como el respeto interno por los derechos humanos se convirtió en una materia que los Estados someten a la Jurisdicción de un Tribunal Supranacional, cuyas sentencias se obligan a acatar.⁸⁸⁵

De esta forma, para garantizar el respeto a los derechos humanos en toda su extensión y complejidad, los Estados más allá de su *imperium* se enfrentan con una serie de normas de carácter internacional que, pretenden conformar un código universal, ante la necesidad de asegurar la aplicación del poder penal frente a determinados crímenes especialmente graves, para penalizar a los individuos ya no a nivel interno en cada Estado, sino fuera de su orbita de acción, fortaleciéndose el Derecho penal internacional que comprende todas las normas de derecho

⁸⁸² PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, Madrid, 2006, p. 278.

⁸⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Op. Cit, p. 145.

⁸⁸⁴ OTERO, Juan Manuel. *¿Más Derecho Penal? Castigo y derecho penal internacional*. [En línea] *Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, 2005. [Consultado en mayo de 2012]. Disponible en <www.juragentium.unifi.it/es/index.htm>.

⁸⁸⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op cit, p, 82.

internacional, que establecen de manera directa consecuencias jurídico-penales.⁸⁸⁶ Así, de este modo, el ser humano, también pasa a ser titular de responsabilidad, en una peculiar protección que traspasa la esfera de los Estados, debido a la internacionalización de la jurisdicción penal.

Pero hay que aclarar, que el derecho internacional tiene la característica de ser subsidiario y complementario, de tal forma que se le deja al Estado el deber-poder de resolver aquellas controversias que estén a su alcance, y sólo en la medida que no cumpliera con otros presupuestos en la lucha contra la impunidad, bien porque no exista normatividad aplicable, o porque la existente sea ineficaz, o porque sea inoperante en la custodia, captura, enjuiciamiento, y reparación, sí es el caso, podría activarse la justicia internacional. Opción que dependerá de que los Estados hayan ratificado o no, tratados internacionales que le obligan a ello, para que a nivel internacional el Tribunal encargado si tuviese competencia resuelva. A menos que se esté ante el supuesto de activar la jurisdicción universal,⁸⁸⁷ para que algún juez pueda resolver en cualquier lugar, independientemente de la nacionalidad del implicado y de la víctima y de dónde se hayan cometido los hechos.

De ocurrir lo contrario, sí no se activase la jurisdicción universal, en este evento, el único Tribunal permanente creado para juzgar a los seres humanos, con pretensión de universalidad, es la Corte Penal Internacional regulada en el Estatuto de Roma, que no ha sido ratificada por algunas potencias mundiales, entre ellas una bien importante en el orden mundial, los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU). Esto sucede porque cada Estado decide si desea o no, conforme a sus lógicas de acción adoptar un tratado internacional, máxime cuando están en juego los intereses de sus nacionales.

Conforme a lo anterior, es pertinente precisar un poco algunas nociones básicas sobre la creación y adopción de tratados internacionales, para entender en

⁸⁸⁶ AMBOS, Kai. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Op. Cit, p. 375.

⁸⁸⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. "Jurisdicción universal y enjuiciamiento por crímenes de guerra: ¿Qué obligaciones impone el derecho internacional público?" Carmen Pérez y González Rafael, (ed.), *En la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Madrid: Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 136.

capítulos posteriores, cómo ha sido la creación y aplicación hasta la actualidad del Estatuto de Roma, en unos casos prácticos que permitan visibilizar como los factores de poder condicionan el vínculo directo de todos los Estados en la ratificación de dicho tratado, por las obligaciones que de él se desprenden respecto de sus nacionales. Esto será necesario para entender el cambio que se produce en el derecho internacional, –posterior al período de entreguerras– terminada la Segunda Guerra Mundial, hasta la actualidad.

4.3. Los tratados internacionales como fuentes de derecho internacional

Como punto de partida, hay que iniciar diciendo que desde la concepción contemporánea, el derecho internacional denominado así por el *ius internacionalista* JEREMY BENTHAM,⁸⁸⁸ y cuyo nacimiento se identifica con el surgimiento de los Estados-Nación, puede ser definido como un conjunto de normas y principios que establecen las relaciones jurídico relevantes entre sujetos de derecho internacional, sean ellos los Estados como sujetos originarios por excelencia, órganos, organizaciones, los seres humanos, o demás entes con personalidad y capacidad jurídica para actuar en la comunidad internacional.

De tal definición, como fuente primaria de creación de derecho en el ámbito internacional, están los tratados, sea en sus múltiples variaciones conceptuales: convenios, convenciones, pactos, estatutos, acuerdos, protocolos, indistintamente de como se le pueda denominar. No ocurriendo lo mismo con las declaraciones, pues aquellas con algunas excepciones, —la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, que contienen normas de *ius cogens*, y por tanto gozan de imperatividad— no tienen la fuerza vinculante de la que sí gozan los tratados respecto de los Estados, pues sus normas serán de obligatorio cumplimiento para quienes los adopten, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la

⁸⁸⁸VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho internacional público*. Diké, Medellín, 2003, p. 246.

Convención de Viena o derecho de los tratados de 1969,⁸⁸⁹ pues los tratados son ley para las partes.

De esta forma, los tratados internacionales constituyen una de las fuentes primarias junto con la costumbre internacional, pues muchos acuerdos fueron antes costumbre y a *posteriori* se materializaron en tratados, convirtiéndose así en fuentes del derecho internacional o del antes denominado derecho de gente o *ius gentium*, el cual tuvo varias acepciones, bien sea para identificar el derecho aplicable entre romanos; extranjeros y romanos, o entre ciudadanos no romanos (*peregrini*). En fin, era un derecho aplicable a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad.

Desde el criterio de fuentes del derecho internacional, se puede decir que los tratados existen desde antaño, como una forma de mediar en el arreglo de las controversias internacionales entre los pueblos, y posteriormente entre lo que hoy denominamos Estado, de ahí que se puede decir que muchas guerras terminaron gracias a la mediación de un acuerdo entre las partes.

Aunque hay discusión doctrinaria sobre en qué época específicamente se da nacimiento a los primeros acuerdos internacionales; vale decir que tradicionalmente y como costumbre primitiva, se recurría al diálogo para resolver los conflictos entre los pueblos, los cuales terminaban constatados como acuerdos. Por tanto, estos han existido a lo largo de la historia, la diferencia radica en que no estaban contenidos en su forma jurídica, precisamente pasaron a ser costumbre como fuente no escrita, pues las conductas desplegadas para llegar a los respectivos pactos, al ser reiteradas, generales, duraderas y espontáneas, sin ser impuestas, como conductas comúnmente aceptadas por los pueblos y entes soberanos; pasaron a ser obligatorias.

Una coyuntura clave, claramente identificada en el derecho internacional, la constituye los Tratados de Paz de Westfalia, de 1648, con la idea de soberanía

⁸⁸⁹El artículo 2 de la mencionada convención define por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

nacional, idea que va ser ratificada por la mayoría de las potencias europeas que suscribieron dicho tratado. Aún así, el acuerdo de paz, escrito, y más antiguo, del cual se tiene conocimiento, el tratado de Kadesh⁸⁹⁰, data aproximadamente de 1285 a.C. De ahí que sí se hace un seguimiento histórico, muy posiblemente detrás de muchos tratados estará la reseña de un hecho bélico.

4.3.1. Proceso de creación de tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969.

En la actualidad, con la positivación del derecho internacional, en relación con el efecto declarativo de la costumbre internacional al adoptarse la misma a través de tratados, y considerando la función fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales, la Convención de Viena recopila todas las normas que regulan la materia, basándose también en los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas. Creando así, un *corpus iuris internacional* en materia de tratados, generando seguridad jurídica en la forma como los Estados deben regirse y teniendo como principio rector la *buena fe*⁸⁹¹ de las partes contratantes.

Los tratados son la fuente por excelencia del derecho internacional, es el procedimiento principal de creación de normas jurídicas internacionales, tanto por la “peculiar estructura de la sociedad internacional como por el carácter eminentemente consensualista del derecho internacional. además, los sujetos del derecho internacional encuentran en este instrumento convencional las ventajas de la seguridad que proporciona el celebrarse generalmente por escrito, junto con la

⁸⁹⁰ TOLEDO, Joaquín. *La Batalla de Kadesh: La primera batalla documentada de la historia*. [En línea] 2009. Extraído de: <<http://www.articuloz.com/historia-articulos/la-batalla-de-kadesh-la-primer-batalla-documentada-de-la-historia-1020653.html>>. [Fecha de consulta, mayo de 2012]. Los hechos pretéritos a esta contienda ocurrieron hacia el siglo IV antes de Cristo. Entre las fuerzas hititas de Muwatallis y Egipto dirigido por Ramsés II. Aquella milenaria tierra de los faraones donde Amón y Ra eran el nivel más alto de la religiosidad, había sufrido una serie de profundos cambios inspirados por el nuevo emperador Amenofis IV, que deseaba instaurar el culto a Atón. Desafiando incluso a la poderosa clase sacerdotal, cerró cuando no destruyó los antiguos templos y expulsó con brutalidad a los clérigos. Esta revolución religiosa, que sacudió el Imperio hasta sus cimientos, determinó a la larga un gradual proceso de decadencia que hizo perder al país su estatus de privilegio.

⁸⁹¹ Vid. Convención de Viena de 1969. Art, 26.

flexibilidad que permite su régimen jurídico, basado en la voluntad de las partes”⁸⁹². En efecto, la elaboración de un tratado puede ser un proceso largo y complejo. Su formación arranca con las negociaciones llevadas a cabo con las partes interesadas, las cuales tras un proceso que puede en ocasiones durar años, si tiene éxito y se llega a un acuerdo, desembocarán en la adopción del texto que plasma el acuerdo final de los participantes en un contenido concreto.⁸⁹³

La mencionada Convención, establece unos pasos básicos para la creación de tratados internacionales, los cuales pueden resumirse en 4 etapas, a saber: *La negociación*, que es el momento donde las partes dejan sobre la mesa las reglas de juego, se insta a quiénes podrán ser las partes participantes en caso que sea multilateral y se permita *a posteriori* la adhesión de terceros Estados, se desarrolla el objeto y fin del mismo,⁸⁹⁴ y se deja por escrito desde el idioma oficial con el cual se suscribirá, hasta las causales de terminación sí es el caso, y también se debe precisar sí puede ser objeto o no de reserva⁸⁹⁵ como acto jurídico unilateral.

Superada dicha etapa, se debe *adoptar el texto*⁸⁹⁶ con su redacción definitiva, pues las partes deben establecer su consentimiento, el cual es una mera manifestación de voluntad que no obliga a las partes, y consiste en *la firma*, etapa donde los ministros plenipotenciarios, o cada uno de los presentes, dan su aceptación inicial a lo ya negociado y redactado, sin que ello implique compromiso. Una vez adoptado pasa autenticarse de manera que ya no podrá ser modificado. Por

⁸⁹² JUSTE RUIZ, José et. Al. *Lecciones de derecho internacional público*. 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p, 128.

⁸⁹³ LOPEZ MARTÍN, Ana. et. Al. *Temas de derecho Internacional Público. Adaptados al espacio europeo de educación superior*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, 2011, p. 94.

⁸⁹⁴ Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, sobre la regla general de interpretación. “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

⁸⁹⁵ Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Art 2.d Convención de Viena de 1969.

⁸⁹⁶ La adopción del texto de un tratado se efectuara por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo la adopción de un tratado en una conferencia internacional que se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente. Art 9.1, 9.2. Convención de Viena de 1969.

lo tanto, la autenticación es el acto por el cual se establece el texto definitivo y auténtico del tratado.⁸⁹⁷

Como se observa, sería sólo un primer momento que dependerá finalmente del proceso interno que se lleve en cada Estado, así se llegaría a la etapa de la *ratificación*, que en términos de la Convención de Viena (Art 2b), es el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado; no obstante, según la normatividad de cada país, este proceso puede hacerse de una manera u otra.

Por lo general, –según el modelo de Estado– en la ratificación suelen intervenir de manera armónica las ramas del poder para hacer control de convencionalidad, esto es, el legislativo, ejecutivo y judicial. Este último para validar su coherencia con la Constitución, labor que le corresponde a los Tribunales Constitucionales, para que finalmente el texto sea aprobado a través de una ley por el legislador, y ratificado finalmente por el presidente de cada país, con la sanción presidencial.

El trámite culminará con el canje o deposito según sea bilateral o multilateral y, finalmente, se registra donde convengan las partes y se publica. Todo esto respecto de los tratados solemnes, pues también puede hacerse de manera simplificada, en cuyo caso se entiende materializado el tratado desde el momento mismo de la firma de las partes. Vale decir, que los tratados que comprometan garantías constitucionales, jamás podrán hacerse de modo simplificado, como es el caso de los acuerdos que versen sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Por otra parte, es de resalta que los tratados internacionales forman parte de la diplomacia mundial, y como tal, pueden ser adoptados o no, según los criterios de conveniencia de cada Estado. Hay una serie de factores que influyen en su adopción desde los políticos, comerciales y económicos hasta los jurídicos, y no siempre esto

⁸⁹⁷PASTOR RIDRUEJO, José. Op, cit. p. 95.

confirma la buena voluntad de las partes. En ocasiones son suscritos estratégicamente, para poder conseguir, o no dejar de percibir, ciertas prebendas y estatus internacional. Esto es apenas lógico, pues no existe ningún órgano ni organismo, que tenga la fuerza de obligar a algún Estado u otro sujeto de derecho internacional con capacidad jurídico relevante para actuar, a que se haga parte por intereses plenamente identificados con la generalidad de la humanidad en su conjunto.

Ello obedece a que potencias como EE.UU, RUSIA, Y CHINA, hasta hoy sean Estados reacios en la ratificación del Estatuto de Roma, en la constitución del primer Tribunal Penal Permanente, intento que venía frustrado desde la Primera Guerra Mundial. Dichas reacciones obedecen a múltiples factores; al respecto en el caso de – EE.UU– es imperioso recordar el mito del destino manifiesto, donde se proclama a EE.UU con el derecho a poseer todo el continente americano, pues la providencia le ha dado el poder “para poder hacer”, para desarrollar el gran cometido de “libertad, y autogobierno” pues “la expansión no sólo es buena sino también obvia (manifiesta) y certera (destino)”. Esta frase permite identificar la dinámica de acción no sólo de Los EE.UU, sino de las potencias que se imponen sobre cualquier regulación normativa, que pueda llegar a limitar el ejercicio de su soberanía.

En consecuencia, es posible como ya han expresado autores como SAMUEL HUNTINGTON,⁸⁹⁸ que nos encontramos ante un eje mundial unipolar, o más bien vivamos en una era de multiunipolaridad, pues al lado de los EE.UU como única superpotencia, también están presente otros grupos de poder o potencias mundiales, como lo es la Unión Europea (UE). En fin, partiendo de la unipolaridad definida por HUNTINGTON,⁸⁹⁹ una superpotencia podría resolver efectivamente por sí misma cuestiones importantes, y ninguna combinación entre los otros Estados podría impedirle hacer eso.

⁸⁹⁸HUNTINGTON, Samuel. “La superpotencia solitaria”. *Este País*, nº. 98, 1999, pp. 1-2.

⁸⁹⁹Ibidem. Ahora hay una sola superpotencia, pero esto no significa que el mundo sea unipolar, sino un sistema unipolar que tendría una superpotencia, ninguna potencia principal significativa y muchas potencias secundarias. Como resultado, la superpotencia podría resolver efectivamente por sí misma cuestiones importantes, y ninguna combinación entre los otros Estados podría impedirle hacer eso.

Es en este sentido que la política contemporánea internacional es en realidad un sistema unimultipolar, con una superpotencia y varias potencias principales.⁹⁰⁰ Este es uno de los motivos por lo que se le permite válidamente a EE.UU resolver sus controversias internacionales de modo absolutamente soberano, sin que otras fuerzas “extrañas” logren impedirselo, así esto incluya intervención militar en terceros Estados, incluso sin censura del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas donde ostenta el rol de miembro permanente.

Lo anterior también tratándose de responsabilidad internacional del Estado, pues a nivel regional, en lo que compone el Sistema Interamericano, no le ha dado competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para que lo pueda sancionar cuando se vea implicado en presuntas violaciones de derecho humanos, y mucho menos, actualmente en la jurisdicción penal internacional, regida en el Estatuto de Roma, por cuestiones que claramente condicionan, desde la hipótesis que se planteará a lo largo de este escrito, la eficacia de la Corte Penal Internacional. Esta firmeza en su actuar como superpotencia, tiene precedentes fielmente marcados desde la II Guerra Mundial, donde los vencedores hasta el día de hoy, marcaron las consecuencias de lo que pueden lograr las grandes potencias, no sólo en la transformación y aplicación del derecho, sino en la conformación de bloques de poder.

4.4. Principios Generales del Derecho Internacional

Como pautas a seguir, –comúnmente aceptadas por los Estados– presentes en el ejercicio de la soberanía y en las relaciones internacionales, se han adoptado a través de la resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, una declaración relativa a los principios de derecho internacional, referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. Todo ello, de conformidad con la Carta de la ONU, como soportes normativos fundamentales, que sirven de base y guía en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Dichos principios se han concretado en los

⁹⁰⁰ARRIOLA Carlos. “La naturaleza de la unipolaridad”. Pascual Bravo. Pascual García, Alba, Gutiérrez Luciano y Torres Gabriela, (comps). En el *Nuevo Milenio Mexicano*. México: UAM, Tomo I, 2004, p. 45.

siguientes:

- a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia,
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta,
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta,
- e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos,
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados,
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

Sí se analizan uno a uno de estos principios, a través de casos prácticos y sobre todo para la reflexión que se propondrá al final de este escrito, –para comprobar la hipótesis que en él se desarrolla– claramente se observará que, la eficacia de los mismos, está condicionada y no sólo para los Estados, sino para el conjunto de sujetos de derecho internacional como entes con personalidad jurídica en el plano internacional.

Tal cosa sucede porque las superpotencias existentes desdibujan la eficacia de los mismos. Por ejemplo, sí se resaltan algunas actuaciones del Consejo de Seguridad de la ONU, cuando de manera legítima más no legitimada, desarrolla ataques preventivos, *so pretexto* del restablecimiento de la paz, interviniendo en algunos Estados con “dudoso” desarrollo democrático, se observaría que el principio de que los Estados deben abstenerse de la amenaza o al uso de la fuerza, sería

insuficiente en sí mismo, sobre todo porque la institución que lo proclama es la que directamente lo viola respaldada por los Estados más poderosos. Asimismo, y de manera conexa; no podría hablarse del arreglo pacífico de las controversias internacionales, pues el ataque preventivo tiende a ser la regla general por la imposición de una sociedad del riesgo con políticas de seguridad nacional que viene atribuida por los EE.UU desde el ataque a las Torres Gemelas.

Lo anterior sin hablar de la presión que a menudo se observa, en la comunidad internacional, respecto de Estados pequeños para apoyar decisiones que pueden serles no favorables, y a eso se le llama “cooperación”, pues dicho apoyo se ve disfrazado en ayudas o medidas de índole económico o militar, que finalmente terminan siendo la razón para conseguir favores políticos en la esfera internacional.

Basta solo analizar a Los EE.UU en sus intentos por evadir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pues para combatir a sus enemigos, no necesita de la ratificación de tratados, antes por el contrario, los evade a través de cuerdos bilaterales de inmunidad, y retirando apoyo a quienes no lo diesen como forma de presionar para lograr tal cometido. Tal situación, como se mostrará, no son ideas abstractas o meras apreciaciones, son el producto y el reflejo de la hegemonía del poder.

4.5. Proceso de humanización del derecho internacional público

La crítica suscitada no debe permitir valorar el proceso evolutivo que ha tenido el derecho internacional, su expansión bajo la bandera de los diferentes procesos de democratización, también han influenciado los procesos legislativos de los Estados que se someten a las jurisdicciones de diferentes órganos en el ámbito internacional; bien sea a nivel mundial en las organizaciones que ostentan dicho carácter o en la esfera regional según los procesos de creación extensiva de derecho aplicable a los Estados por su pertenencia geográfica a un continente en particular. Por ende, no se puede discutir este proceso de humanización que se ve reflejo en una serie de normatividad internacional, cuya intención primordial es proteger a la persona

humana.

4.6. Derecho internacional público y áreas conexas

El proceso de humanización antes mencionado, trajo aparejado paulatinamente una serie de convenios, pactos y protocolos, que armonizan diferentes áreas del derecho internacional; análisis que por demás debe hacerse de manera conjunta y no por separado para comprender la verdadera intención de la creación y aplicación de los diferentes instrumentos internacionales que, básicamente, tienen un fin exclusivo predeterminado a salvaguardar a los seres humanos, bien sea durante o fuera de un conflicto armado, pues asistimos a la época de humanización del derecho.

Situación que ha permeado en el escenario nacional e internacional una colaboración armónica. Es bastante notoria, por ejemplo, la integración en el Derecho penal doméstico de las reglas y principios del Derecho penal internacional, con un conjunto de herramientas protectoras de derechos humanos que, en todo caso, buscan la humanización de la sociedad internacional,⁹⁰¹ con un orden⁹⁰² normativo internacional en formación, que armoniza su mandato con los Estados como sujetos primarios de derecho internacional. A ello obedece la consolidación del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, y el Derecho penal internacional al finalizar la Segunda Guerra Mundial, aunque sus raíces ya venían en formación años atrás.

4.6.1. Derecho penal internacional: malestar identificado

En la formación del Derecho penal internacional; si bien los estragos de la guerra permitieron esta expansión del derecho internacional, también validaron un escenario que construyó los precedentes más sólidos en la consolidación de las fuentes del Derecho penal internacional, escenario que históricamente se caracterizó

⁹⁰¹ GARCIA SAN JOSÉ, Daniel. *El derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008, p. 76.

⁹⁰² VINAIXA HUESA, Rosario. *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*. Intersección de sistemas. Estudios de homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 15.

por la aplicación legítima de un Derecho penal internacional del “enemigo” instituido para procesar a un colectivo etiquetado como criminales de guerra, justamente como respuesta a la necesidad de encontrar culpables; campaña que heredó a la conciencia internacional la idea luchar contra la criminalidad por graves violaciones a los derechos humanos.

Para corroborar tal conclusión, es necesario entonces hacer un rastreo histórico sobre los precedentes de la CPI, aspecto cardinal para entender cómo y qué tratamientos han recibido cierto tipo de “enemigos” en la historia. Dicho estudio será fundamental para poder comprobar la hipótesis que aquí se plantea sobre la contaminación del derecho penal internacional como derecho penal de enemigo, a la par de la condicionalidad política y jurídica de la CPI para actuar respecto de la responsabilidad penal de sujetos en el orden mundial y, aún más, por las potencias que son renuentes a ratificar el ER y a darle competencia a dicho Tribunal.

V. PRECEDENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: MARCO JURÍDICO-POLÍTICO

Para integrar armonicamente la redefinición del concepto de soberanía ya esbozada en acápite anteriores; la importancia que adquiere la persona humana en el derecho internacional en general, y en la formación del derecho penal internacional en particular, es necesario recordar de forma somera algunos hechos históricos que se remontan desde 1914, época en la que se origina la Primera Guerra Mundial hasta 1998, contexto en cual se crea el Estatuto de Roma.

Instrumento que después de muchos intentos frustrados, permitió la creación de la actual Corte Penal Internacional que entró en vigor en el 2002, como herramienta en la pretendida lucha contra la impunidad para castigar a sujetos de peligrosidad extrema, cuando se cumplan ciertos presupuestos, –crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, y crimen de agresión, regulado este último en la Conferencia de Kampala (Uganda)⁹⁰³ en el 2010—. Por ello, uno de los mayores desafíos para la comunidad internacional está representado en la puesta en funcionamiento de dicho Tribunal.

Esta línea en el tiempo se desarrolla debido a que por los horrores de la guerra, los Estados, en primera instancia, iniciaron un camino inspirado en la idea según la cual, la salvaguarda de los derechos humanos frente a sus más grandes violaciones, era el mejor medio de garantizar la paz y la seguridad de la humanidad.⁹⁰⁴ Por ello, la protección de los derechos humanos se convirtió en una empresa internacional que ha encontrado, en el Estatuto de Roma –la idea de– una realización más plena.⁹⁰⁵

⁹⁰³El artículo 123 del ER establece que cada 7 años después de su entrada en vigor el Secretario General de la UN convocara una conferencia de Revisión de los Estado partes para examinar las enmiendas hechas por ellos al ER.

⁹⁰⁴ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*. 1era ed, Madrid: Dilex, 2004, p. 23.

⁹⁰⁵Ibíd; p. 23.

Dadas las circunstancias, desde este contexto normativo es menester precisar algunos hechos que marcaron un cambio relevante no sólo en la internacionalización de la justicia, en la concepción de soberanía de los Estados, en la defensa y promoción de los derechos humanos y en la aplicación del derecho humanitario, sino también, en la consolidación del Derecho penal internacional,⁹⁰⁶ por violaciones *al ius gentium*.

Caracterización normativa que tiene sólidas raíces en la coyuntura marcada en 1945, en lo que fue la finalización de la Segunda Guerra Mundial, sirvió como detonante y ha sido un paso decisivo en la consolidación de crímenes internacionales.⁹⁰⁷ Es en este contexto donde los tribunales de los victoriosos comenzaron a ejercer en nombre de la comunidad internacional jurisdicción universal,⁹⁰⁸ debido a las barbaries que llenaron de terror a toda la humanidad, en un hecho histórico y relevante por su esencia. Como corolario, se desarrolló un escenario con la conciencia comúnmente aceptada, según la cual, hechos de tal magnitud no deberán repetirse jamás.

En este orden de ideas, aunque con antecedentes en la noción de *delicta iuris gentium*, es decir, por contrariar en el derecho gentes —las normas jurídicas que eran aplicables a todos los pueblos—, comenzó a consolidarse la idea según la cual, dentro de las conductas de Derecho penal internacional, se crearía un grupo más reducido de delitos, que, por atentar gravemente contra intereses o valores especialmente importantes, deberían estar sometidos a un régimen jurídico-internacional específico.⁹⁰⁹ Elementos que se encontrarían en los principios

⁹⁰⁶ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MATINEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*. Ariel. Madrid, 2001, p. 9. Lo entienden las autoras como el proceso de internacionalización del derecho penal y penalización del derecho internacional.

⁹⁰⁷ APONTE CARDONA, Alejandro. *Persecución penal por crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Ibáñez. Bogotá, 2010, p. 60.

⁹⁰⁸ Amnistía Internacional. La Jurisdicción Universal: "Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal". [En línea] Traducción de Editorial Amnistía Internacional (Edai), España. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/001/1999/es/e09936a1-e130-11dd-b6eb-9175286ccde2/ior530011999es.pdf>. Consultado [mayo de 2012].

⁹⁰⁹ SANCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: Tirant monografías 301. 2004, p. 118. En principio se reguló sobre: Carácter criminal en virtud del propio derecho internacional y con independencia del derecho interno, irrelevancia de la condición de jefe de Estado o autoridad, exclusión de la eximente de obediencia debido y responsabilidad no solo por autoría sino también por complicidad.

reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 y formulados cuatro años después, por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁹¹⁰ de las Naciones Unidas.⁹¹¹

Evento que tendría efectos *a posteriori*, en la construcción de un *corpus iuris* en el derecho internacional, para la aplicación de reglas de validez en la imputación de un injusto penal internacional. Por ello, como se describirá a continuación, todo ese plexo normativo ha tenido vital importancia en la transformación del derecho internacional y en la consagración de la persona humana como sujeto en el ámbito internacional.

ILUSTRACIÓN No 9.

ELEMENTOS DETERMINANTES EN LA CONFIGURACIÓN DEL *CORPUS IURIS* DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL⁹¹²

PRIMERA GUERRA MUNDIAL (1914-1918)	Después de los hechos ocurridos durante la Primera Guerra Mundial, se crea una Comisión para investigar los crímenes perpetrados, pero dicho órgano se constituyó por las potencias vencedoras, proponiendo por primera vez en 1919, la creación de un tribunal internacional, cuyos miembros serían designados por cada uno de los principales gobiernos de los aliados. Ésta idea fracasa y el tribunal jamás se constituyó.
TRATADO DE VERSALLES (1919)	Fue un tratado de paz que surgió, consecuentemente, al final de la Primera Guerra Mundial, se construye por los países triunfadores de la Guerra, motivo por el cual los vencidos no tuvieron participación: fueron excluidos y sólo tenidos en cuenta de forma directa, a la hora de su firma y aprobación. Por ello se puede decir que este tratado fue el instrumento que públicamente puso fin a la controversia armada generada durante la Primera Guerra Mundial entre Alemania y los países aliados. Aunque arrojó las raíces para el detonante de la Segunda Guerra Mundial.
CONFERENCIA DE PAZ DE PARÍS (1920)	Fue la herramienta que permitió la negociación y culminación del tratado de paz de Versalles, dando como resultado después de muchas controversias, su entrada en vigor el 10 de enero de 1920.
SOCIEDAD DE NACIONES (1920)	Fue creada a través del Tratado de Versalles de 1919, como Organismo constituido a modo de asamblea democrática, conformado por las naciones soberanas, para garantizar la cooperación entre ellas, la resolución de sus conflictos y disputas internacionales, por medios

⁹¹⁰Ibíd; p, 118.

⁹¹¹Organización de Naciones Unidas. *Compilación de Derecho Penal Internacional*. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 1era ed., Bogotá, abril de 2003, p. 9.

⁹¹² La Elaboración del Cuadro es de la autora de este trabajo.

	pacíficos y no a través de las armas, para tratar de evitar nuevas atrocidades después de lo ocurrido durante la I Guerra Mundial.
CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL	Establecida por la Sociedad de Naciones en 1920, creada acorde con los principios del derecho internacional, y constituida como un órgano de justicia internacional pero independiente a la Sociedad de Naciones, precisamente para resolver las controversias que le fuesen emitidas por los Estados.
SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1939 - 1945)	Fue el hecho de barbarie iniciado por la Alemania Nazi, tras la violación del Tratado de Versalles; destacado y recordado por toda la humanidad, dada la dimensión de los hechos acaecidos y perpetrados masivamente, pues todos los Estados fueron afectados, al configurarse miles de perdidas, no sólo económicas sino humanas. Hasta hoy no hay datos exactos de todas las personas fallecidas, lo cual hace que sea una situación marcada y repudiada por la crueldad de los actos a lo largo de la historia.
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1945)	Reemplaza a partir de 1946, a la Corte Permanente de Justicia Internacional. Y Se crea como el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Entre sus funciones principales se encuentran resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de seguridad.
LA CARTA DE LONDRES O ESTATUTO DE LONDRES DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL (1945).	Firmado entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética. Es el documento que fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron posteriormente los juicios de Nüremberg.
TRIBUNAL DE NÜREMBERG (1946)	Creado por las Naciones vencedoras de la II Guerra Mundial, donde por primera vez en un tribunal internacional, se juzga a la persona humana individualmente considerada, pues se estableció, entre otras cosas, que cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales, será responsable y por consiguiente sujeto a castigo, cuando se trate de crímenes de guerra, de agresión o crímenes contra la humanidad. Marcando un hito en la historia del derecho internacional, pues de esta forma, el ser humano inicia a tener cierta subjetividad a nivel internacional.
TRIBUNAL PENAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EL LEJANO ORIENTE- JUICIOS DE TOKIO	Fue el órgano jurisdiccional ante el cual se desarrollaron los Juicios de Tokio, organizado contra los japoneses criminales de la guerra, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. Se constituyó en consonancia con el Juicio de Nüremberg con el fin de juzgar a los imputados según los crímenes recogidos en la Carta de Londres en agosto 8 de 1945.

CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949	<p>Son creados para humanizar la guerra. Regulan varios temas a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; - II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; - III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y - IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. - Y sus dos Protocolos adicionales: Protocolo I relativo a los conflictos armados de carácter internacional. El II relativo a los conflictos armados internos, de 1977.
Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia a partir de 1991	Es un Tribunal Ad-hoc con sede en la Haya (Países Bajos), creado a partir de la resolución 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tuvo como finalidad juzgar a los responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio para la Ex-Yugoslavia a partir de 1991.
Tribunal Penal Internacional para Rwanda y Estados Vecinos de (1994)	Se crea también, como un tribunal Ad-hoc, mediante resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 955 del 8 de noviembre de 1994. Y su función fue juzgar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y Estados Vecinos.
Estatuto de Roma de 1998	Es el instrumento con el que nace la Corte Penal Internacional. Fue adoptado el 17 de julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional".
Corte Penal Internacional	Es un tribunal de justicia internacional, con carácter permanente, creado por el Estatuto de Roma de 1998, cuya misión es juzgar a las personas que han cometido crímenes de agresión, genocidio, guerra y de lesa humanidad como la esclavitud, el apartheid, el exterminio, los asesinatos, las desapariciones forzadas, las torturas, entre otros.

5.1. Primeras iniciativas de la idea de una Corte Penal Internacional

A lo largo de los siglos, han existido diversas iniciativas para juzgar los crímenes cometidos durante la guerra, pues se encuentran registros desde hace aproximadamente 2500 años. Pueden encontrarse procesos realizados por “tribunales *ad hoc* en el año 500 a. de C. en Grecia, la mayor parte de los cuales fueron realizados por tribunales conformados por uno de los beligerantes, usualmente el vencedor, en lugar de los tribunales ordinarios”.⁹¹³ El más antiguo Tribunal Penal Internacional, de este carácter, es decir, “el primer proceso por crímenes de guerra, parece haber sido el conformado por un órgano judicial formado por jueces procedentes de ciudades de Alsacia, Austria, Alemania y Suiza. Constituido en 1474 para juzgar a Peter de Hagenback por homicidio, violación, robo, perjurio y otros delitos, “en abierta violación a las leyes de Dios y del hombre”,⁹¹⁴ por imponer un régimen de terror y arbitrariedad en la ciudad de Breisach. *So pretexto* de seguir las órdenes derivadas del Duque de Borgoña, comúnmente conocido como Carlos el Temerario.

No obstante, se tuvo que llegar a la década de los 90s para que existiera una iniciativa seria y se concretara la idea una Corte Penal Internacional de carácter permanente y con intención de universalidad. Proceso que llega a su culminación, justamente después de muchos intentos que se remontan a décadas pasadas. Dichas iniciativas se puede decir que comienzan y se dan a conocer al mundo, con la propuesta de Gustave Moynier en 1872.⁹¹⁵

Trás la guerra Franco-prusiana, proyectó la creación de una instancia judicial internacional dedicada a aplicar directamente sobre los individuos las normas de derecho internacional humanitario,⁹¹⁶ para castigar las infracciones a la Convención de Ginebra de 1864. Situación que se fue fortaleciendo, con posterioridad a la Primera

⁹¹³GRAMAJO, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Editorial ÁBUCO de Rodolfo Depalma. 1998, p. 49.

⁹¹⁴Ibid; p. 49.

⁹¹⁵OLÁSULO, Héctor. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?* Especial referencia a la fiscalía en el proceso de actuación. Valencia: Tirant, Monografías, 2003, p. 35.

⁹¹⁶PASTOR, Daniel. *Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Op. cit, p. 37.

Guerra Mundial, pues los arts 227 a 229 del Tratado de Versalles,⁹¹⁷ preveían la creación de tribunales *ad hoc* con jurisdicción para conocer tanto de las violaciones del derecho humanitario cometidas durante dicho conflicto, como otros crímenes de trascendencia internacional, esto es, crímenes contra la moralidad internacional y la sagrada inviolabilidad de los tratados,⁹¹⁸ los cuales fueron cometidos por el Kaiser Guillermo II⁹¹⁹ implicando también a aquellos responsables que hubieran lesionado las normas del derecho de la guerra.

Por consiguiente, por la magnitud de los hechos, aunque el Emperador alemán es considerado el directo responsable, se intenta dar solución en esta coyuntura fuera de las leyes nacionales, esencialmente por el impacto generado. Sin embargo, en última instancia no se resuelve en el ámbito internacional en ocasión a que las altas esferas de poder del gobierno holandés, le reconocieron el derecho de asilo y se rehusaron a extraditarlo; a esto se suma la negativa de Alemania para entregar sus nacionales, aunque se desarrollaron unos cuantos procesos, ante tribunales alemanes conocidos como los juicios de *Leipzig*.⁹²⁰ En este orden de ideas, *prima facie*, el Kaiser Guillermo II evade su responsabilidad, pues los procesos llevados a cabo en Alemania no tuvieron los efectos esperados por la comunidad internacional, pues fueron órganos jurisdiccionales nacionales que terminaron conociendo de tales delitos.⁹²¹

Se juzgaron a algunos dirigentes militares alemanes⁹²² que fueron sometidos a la competencia de los Tribunales creados en virtud de las obligaciones asumidas por

⁹¹⁷ Dicho tratado es considerado el primer convenio en el que, de conformidad con el derecho internacional se trata de fundar la responsabilidad penal individual. Lo que supuso un importante precedente para el futuro y sobre todo para el juzgamiento de los crímenes cometidos a partir de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. OLLÉ SESÉ. Manuel. Op. cit, p. 116-117.

⁹¹⁸ R PASTOR, Daniel. Op. Cit; p. 38.

⁹¹⁹ OLÁSULO, Héctor. Op. Cit; p. 35.

⁹²⁰ R PASTOR, Daniel. Op. Cit; p. 39.

⁹²¹ OLÁSULO, Héctor. Op. Cit; p. 35.

⁹²² Las responsabilidades penales individuales a las que se refieren los mencionados tratados de paz, no llegaron nunca a exigirse efectivamente, debido a las apuntadas disparidades políticas entre los aliados, así como el hecho de que el Káiser se refugió en Holanda, cuyo gobierno denegó la extradición en 1920, invocando el principio *nullum crimen sine lege* para no entregarlo. Así, gracias a las presiones diplomáticas de Alemania, los únicos juicios inculpatórios que se celebraron tuvieron lugar ante un Tribunal nacional alemán (el Reichsgericht de Leipzig). Cfr. LIROLA DELGADO, Isabel. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Op. Cit, p. 16.

Alemania como Estado parte de los tratados referidos (Versalles y Sevres. A pesar de los juicios, los resultados no fueron positivos, dado que, un gran número de acusados escapó de los centros de detención, las sentencias que se dictaron establecieron castigos irrisorios, de pocos meses de prisión, ya que los tribunales se vieron incapacitados para establecer responsabilidad penal por el reconocimiento de ciertas defensas jurídicas de los acusados que les eximía de responsabilidad, como la “obediencia debida”.⁹²³

Lo importante a resaltar, es que el Tratado de Versalles⁹²⁴ consagró el principio en virtud del cual los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra, deben salir de la competencia exclusiva de los Estados para ser juzgados por tribunales internacionales, contexto que transformó el derecho internacional de la época, siendo la primera vez en que un instrumento internacional estableció sanciones a que fueran susceptibles las personas individualmente consideradas por su actuar durante la guerra. Situación que nació gracias a la consagración expresa de su art 227 que hizo pública la acusación al káiser⁹²⁵ por parte de las potencias aliadas (Francia, Reino Unido, EE.UU. y la Unión Soviética). Aunque tal manifestación significó la ruptura del principio de derecho internacional, que establece por regla general la responsabilidad internacional de los Estados.

La primera iniciativa de esta magnitud, por parte de una organización internacional viene dada por el Consejo de la Sociedad de Naciones, creado con posterioridad a la primera guerra Mundial (1914 -1919). “Dicho órgano estableció un consejo Consultivo de Juristas, que tendría la finalidad de elaborar proyectos para la constitución de una Corte Penal Internacional. En este ámbito se elaboró un proyecto, por iniciativa del representante belga, Barón Deschamps, de constituir una Alta Corte de

⁹²³ MUÑOZ, María Isabel de. *La Corte Penal Internacional un largo camino*. Manuel Jaén, y otros (Coords). Cuadernos “Luís Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 18.

⁹²⁴ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales*. Op. Cit, p. 17-18.

⁹²⁵ Como se puede observar, los antecedentes más próximos y directamente relacionados al reconocimiento expreso de la responsabilidad penal del individuo en el orden internacional, se sitúan en el marco del derecho de la guerra, en relación con los intentos de juzgar al Káiser Guillermo II por los hechos ocurridos durante la I Guerra Mundial.

Justicia Internacional; facultada para procesar a todos aquellos que resultaran responsables de delitos contra el orden público internacional y la ley universal de las naciones”.⁹²⁶

Empero, dicho intento estuvo condenado también al fracaso, pues se consideró innecesario crear otro Tribunal, además de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Por tal razón, no se dio la posibilidad de castigar a los criminales de la Guerra durante ese periodo. Pero cabe advertir, que realmente para la época, no existía una concepción clara de crímenes internacionales, el debate apenas aparecía en boga, y no con toda la claridad posible como para ser objeto de construcción jurídica en el plano internacional.

Por lo anterior, es claro, que la génesis de la responsabilidad del individuo se origina en delitos cometidos por personas físicas contra intereses generales de la comunidad *gentium*. En estos casos, la acción del orden jurídico internacional se activa para reforzar subsidiariamente la cooperación internacional en la prevención y represión de delitos, que por su trascendencia e impacto, se salen de la órbita de los Estados por afectar a la comunidad internacional.

Estos delitos como se observó, empezaron a ser objeto de análisis luego del primer encuentro bélico de orden mundial, y tienen su momento detonante tras la Segunda Guerra Mundial, por atentar gravemente contra la vida y la integridad física de las personas, afectando derechos humanos fundamentales. Aún así, atendiendo a la subsidiaridad del derecho internacional, se advierte en todo caso, que la persecución penal internacional debe ser siempre de *última ratio*, es decir, cuando otras formas de intervención y protección en los Estados, sean en sí mismas insuficientes.

Otro importante aporte se hizo a través del Tratado de Sévres, considerado también como un hito en la doctrina, firmado en 1920.⁹²⁷ El cual, intento conformar un tribunal *ad hoc* para regular el tratamiento a los criminales de guerra turcos, por las

⁹²⁶GRAMAJO, Juan Manuel. Op. Cit; p. 56.

⁹²⁷ ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco. Op. Cit; p. 37.

violaciones desplegadas en la población Armenia. De este hecho se puede resaltar, la declaración anglo-franco-rusa de 1915, que consagró el principio de la responsabilidad conjunta de los miembros del gobierno turco y de sus agentes “por crímenes contra la humanidad y la civilización., siendo el primer instrumento oficial en el que se utiliza la expresión *crímenes contra la humanidad*”⁹²⁸. En ese estado de crisis humanitaria, dicha población fue víctima de masacres en el Imperio Otomano, a tal punto que se habla del exterminio del pueblo armenio, constituyéndose por ello, un crimen de genocidio. Se consumió lo que en la práctica era la completa y deliberada eliminación de casi toda la intelectualidad armenia de la época.⁹²⁹

Ello hizo necesario la intervención de misioneros, cónsules, y de las potencias del entente, – Francia, Reino Unido y Rusia– para que el gobierno turco colocara punto final a la masacre. Cosa que fue disfrazada con un decreto oficial⁹³⁰ que permitía la deportación so pretexto de traición, sabotaje y actos terroristas por parte de los armenios. Por eso, para reconocerles sus derechos, se adopta el tratado de paz entre las potencias aliadas y Turquía, el 10 de agosto de 1920, lo cual no tuvo ningún éxito. Pues los turcos no aceptaron lo pactado y retomaron los restos de la población armenia. Así, el 24 de julio de 1923, se firma un nuevo instrumento, el tratado de Lausana por las grandes potencias y la nueva república de Turquía, sin mención alguna de armenia o de los derechos del pueblo armenio.⁹³¹

Un nuevo intento se configura en el proyecto de la *international law association* (1922-1926). Fue el primer organismo no oficial que emprendió el estudio de la constitución de una jurisdicción internacional en una conferencia en la ciudad de Buenos Aires en 1922, de la cual surgió la elaboración de un proyecto⁹³² que fue presentado posteriormente en Estocolmo en 1924, en el que se proponía la creación de

⁹²⁸ GRAMAJO, Juan Manuel. Op. Cit; p. 57.

⁹²⁹ Tribunal Permanente de los Pueblos. Sesión sobre el genocidio de los armenios. Veredicto. en: [línea] abril 13-16, París. 1984. Traducción en Buenos Aires, agosto de 1984, p. 11. [consultado diciembre 22 de 2011] disponible en: http://www.armenews.com/IMG/Tribunal_permanente_de_los_pueblos_1984.pdf

⁹³⁰ Ibid; p. 11.

⁹³¹ Ibid; p. 13.

⁹³² GRAMAJO, Juan Manuel. Op. Cit; p. 58.

una Corte Penal de Justicia Internacional, que debería tener competencia para juzgar los siguientes crímenes: 1). Violación de las obligaciones internacionales cometidas por súbditos o ciudadanos de un Estado, o por personas apátridas contra el Estado, o sus ciudadanos o súbditos. 2). Violaciones de cualquier tratado, convención o declaración que obligue a los Estados partes a regular su conducta en la guerra, y 3). Violaciones a las leyes y usos de la guerra generalmente consideradas como vinculantes para las naciones civilizadas.

Asimismo, en 1926, la Asociación Internacional de Derecho Penal, en un congreso en Bruselas, precedido por el penalista, el profesor Vespasian Pella, adopta una resolución cuyos puntos sustanciales fueron los siguientes:

Que La Corte Penal de Justicia Internacional debe tener competencia en materia penal (art 1); competencia para someter a proceso a los Estados por una agresión injusta y violaciones al derecho internacional (conf. Art. 3); para procesar a los sujetos por las eventuales responsabilidades penales personales (conf. Arts 4, 5, y 6); Tales crímenes y penas deberán ser definidos y preestablecidos con autoridad en textos bien determinados (...).

Sobre la base de este informe se presenta el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue presentado a la Sociedad de las Naciones y los gobiernos representados en el congreso de 1928. Proyecto que vuelve a ser revisado en 1946.⁹³³

Con todas estas manifestaciones, se intenta restringir la jurisdicción interna de los Estados para dar paso a la jurisdicción internacional. Situación que hasta la época en cuestión, no significó más que esfuerzos fallidos que no lograban concretar el amparo internacional en la eventualidad de ciertos crímenes, que afectaban bienes primarios de titularidad universal. Tendría que generarse la II Guerra Mundial para concretar tal aspiración.

⁹³³ Ibid; p. 59.

5.1.1. La Segunda Guerra Mundial

*Apartar la mirada. Vivir una mentira.
Conspiración de silencio.
Economizar con la verdad.
(...).*
*Eran típicos espectadores pasivos.
No hay nada que yo pueda hacer al respecto.
Comportarse como un avestruz.
No puedo creer que esto esté sucediendo.
No quiero saber/escuchar/ver más.
La sociedad entera estaba en profunda negación.
Eso no puede pasarle a gente como nosotros.
El plan exigía máxima posibilidad de negación.*

Esta es la porción de un catálogo infinito de las formas de negación que enumera en su obra STANLEY COHEN para dar inicio a una investigación sobre las atrocidades “organizadas” que han protagonizado la humanidad en el último siglo.⁹³⁴ Al respecto, durante décadas los historiadores han examinado con impresionante grado de detalle, el catastrófico curso de la historia moderna alemana, para explicar cómo una Nación desarrollada y culta, pudo abandonar los valores democráticos y civilizados, lanzar guerras brutales de rapiña imperialista y violencia racista, emprender campañas de asesinato masivo sin parangón en la historia humana y aplicar el bárbaro programa nazi hasta un final catastrófico y suicida,⁹³⁵ en lo que se denominó 'Aktion Reinhard', la 'Solución Final'. Programa creada exclusivamente para exterminar a la población judía, y a todo aquel que no tuviera las connotaciones de la población aria idealizada por Adolf Hitler. Muchos fueron los intentos por comprender lo ocurrido por el apático comportamiento y amnesia que padeció la población Alemana:

En el orden moderno de la existencia estamos enredados en la confusión de los frentes de lucha; lo que parecía un frente único se vuelve contra sí mismo. Y todo ello rodeado de cambio y de turbulenta

⁹³⁴BRAYLAN, Marisa. “El delito de genocidio. La construcción de un discurso de la memoria”. Op. Cit, p.195.

⁹³⁵BESSEL, Richard. *Alemania 1945*. De la guerra a la paz. Traducción de Gabriel Dols. Barcelona: Ediciones B, S. A., 2009, p. 9.

confusión». Semejante desesperanza, en un país con una memoria llena de solemnidades, urgía salidas extremas, apariciones mesiánicas. La confianza retirada de las fuerzas de la historia, contaminadas por la fatalidad, sólo podía depositarse en una figura excepcional, en un caudillo, una encarnación visible del destino nacional. Un héroe de los desesperados.⁹³⁶

Situación que terminó esencialmente por alterar la paz mundial, gracias a un pueblo adoctrinado en el racismo, que había conquistado un continente y sometido a sus habitantes a una violencia homicida a escala masiva,⁹³⁷ precisamente el shock del cataclismo de 1945 –la violencia extrema, la escala de la derrota alemana, la ocupación y división de Alemania, la lucha a menudo desesperada por la supervivencia individual– hizo posible una transición muy distinta a la que siguió a la Primera Guerra Mundial.⁹³⁸ Tras dejar un saldo aterrador no sólo de pérdidas económicas, sino también, cruelmente humanas. En un continente (Europa), que quedo destruido y fragmentado.

5.1.2. Campaña por un Tribunal Penal Internacional

Estando en curso la II Guerra Mundial, se retoma la idea de una jurisdicción internacional en la declaración del Palacio de St. James en 1941, donde los representantes de Gran Bretaña, Canadá, Australia, Nueva Zelandia y la Unión Sudafricana, Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Yugoslavia y Francia, expresaron que: *“La única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres, que en un mundo sin la amenaza de la agresión, puedan disfrutar de seguridad económica y*

⁹³⁶ Dice el historiador Ian Kershaw: «Hitler podía, más que cualquier otro político que compartiera sus criterios, suscitar en quienes lo conocieron, y que de alguna forma estaban predispuestos a recibir su mensaje, la imagen de un futuro heroico para una nación alemana que, regenerada, renacía de las cenizas de la destrucción total del viejo orden. Hitler infundió entre los millones que atrajo hacia sí la convicción de que él y sólo él, respaldado por el partido, podía poner fin a la miseria del momento y guiar a Alemania hacia una nueva grandeza» (Hitler, Madrid, Folio, 2003, p. 68-69). Cfr. PALACIOS CRUZ, Víctor. “El amor al mundo en tiempos de oscuridad”. Op. Cit, p. 78.

⁹³⁷ BESSEL, Richard. Op. cit., p. 10

⁹³⁸ Ibíd; p. 17.

social [...]”.⁹³⁹ Proponiendo entonces, que los culpables de esta crisis humanitaria deberían ser llevados a la justicia y sometidos a juicios.

Así entonces fue necesario que, el mundo fuera testigo de la Shoá⁹⁴⁰ para que la humanidad internacional cambiara sus políticas y su actitud frente a la necesidad de establecer mecanismos internacionales que permitieran afrontar tales atrocidades. Debido a la presión internacional, en 1943 aparece otro instrumento: la declaración de Moscú. En ella las cuatro grandes potencias, Estados Unidos, Gran Bretaña, Rusia y China, emitieron otra declaración sobre las atrocidades alemanas en la Europa ocupada para retomar además la idea del establecimiento de una organización internacional encargada de mantener la paz. No obstante, es en 1944 finalizando la II Guerra Mundial, donde la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, primer organismos oficial creado para investigar dichos crímenes, elabora un proyecto de Convención para la institución de un órgano jurisdiccional internacional por crímenes de guerra.⁹⁴¹

La Competencia de este Tribunal Penal Internacional se extendería al juicio de cualquier persona, sin tener en cuenta su posición geográfica, grado o posición, del que haya cometido, ordenado, causado, participado o instigado en un delito contra las leyes y usos de la guerra. Esto extendido a los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas, las autoridades civiles u otros que actuaran bajo la autoridad, o que de acuerdo con un Estado u otra entidad política, hubiesen tomado parte en la guerra.

Dicha Corte aplicaría tratados internacionales generales, o las convenciones que proclamaran las leyes de la guerra; tratados particulares o convenciones que establecieran leyes de guerra que obligaran a las partes, los principios del derecho

⁹³⁹ Organización de Naciones Unidas (ONU). Historia de las Naciones Unidas. La Declaración del Palacio de St. James [En línea]. Londres el 12 de junio de 1941. Disponible en: <<http://www.un.org/es/aboutun/history/saint-james.shtml>>. [Consultado el 9 de febrero 2012].

⁹⁴⁰ Daniel Gater la denomina Shoá y no holocausto, puesto que semánticamente, holocausto alude a un ofrecimiento voluntario y ningún pueblo y menos el judío se ofreció voluntariamente a los alemanes. Al respecto consúltese: MUÑOZ, María Isabel de. Op. Cit, p. 20.

⁹⁴¹ GRAMAJO, Juan Manuel. Op. Cit; p. 64.

de las Naciones derivados de los usos establecidos por las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las dictadas por la conciencia pública, los principios de Derecho penal generalmente reconocidos por las naciones civilizadas y sentencias judiciales como medios subsidiarios para determinar las reglas del derecho de la guerra.⁹⁴² Cosa que se concreta después de tantos intentos frustrados desde la Primera Guerra Mundial,⁹⁴³ en la constitución de los Tribunales de Nüremberg y Tokio. Quienes se encargaron de juzgar a los vencidos durante la II Guerra Mundial por ser considerados los “enemigos” de la humanidad en su conjunto.

En este orden de ideas, el marco jurídico-político con el que se ha formado el Derecho penal internacional, ha sido bastante amplio. Esto ha llevado a que con el paso del tiempo se configuren cuatro (4) vías procedimentales en la lucha contra la impunidad, para garantizar la persecución penal por crímenes de trascendencia internacional para que se persiga, juzgue y sancione a quienes transgredan derechos de suma importancia para la comunidad internacional: *las Cortes Penales internacionales, la jurisdicción universal, las Cortes Penales internacionalizadas, y La Corte Penal internacional*. Que buscan todas ellas, establecer la responsabilidad internacional del individuo, cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de agresión.

5.2. Creación de Cortes Penales Internacionales

Son Tribunales internacionales instituidos de acuerdo con los principios del derecho internacional público, diseñados a través de un órgano internacional de carácter colegiado y tienen la condición de no ser permanentes. Están encargados de establecer la responsabilidad penal de individuos⁹⁴⁴ por la comisión de graves delitos⁹⁴⁵ contra los

⁹⁴²Ibid; p. 64.

⁹⁴³RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. “Hitos y experiencias de la justicia penal internacional”. En *Hacia Justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999.*, Madrid: Civitas, 1999, p. 289.

⁹⁴⁴AMBOS, Kai. “Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional”. Un análisis jurisprudencial - De Nüremberg a La Haya”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm, 21, San José de Costa Rica, octubre 2003, p, 9. [En

derechos humanos y el derecho internacional humanitario,⁹⁴⁶ por lo que tienen como característica el ser creados para resolver una cuestión específica, por lo que no pretenden mantenerse en el tiempo, sino hasta tanto se resuelvan los fines para los que fueron establecidos.

La primera generación de estos tribunales en la historia, como se mencionó, fueron los Tribunales de Nüremberg y Tokio. Pues se llegó a la conclusión que: "los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden las disposiciones del derecho internacional hacer cumplir la ley."⁹⁴⁷ No obstante, es posteriormente con la constitución de los tribunales para la Ex Yugoslavia y Rwanda, y con la creación en 1998 de la Corte Penal Internacional donde se establecen las bases de la aplicación del principio de responsabilidad penal individual. Haciendo la salvedad, claro está, que la Corte Penal Internacional a diferencia de las otras instituciones, tiene una característica adicional, el ser creada con el carácter de permanente, pues los anteriores se constituyen como tribunales *ad hoc*.

línea].<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2021/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20INDIVIDUAL.pdfco> [Fecha de consulta agosto de 2012].

⁹⁴⁵TPIY. App. Ch. T-94-1-AR72. *Prosecutor v. Tadic*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 octubre, 1995 para. 128. "The Nuremberg Tribunal considered a number of factors relevant to its conclusion that the authors of particular prohibitions incur individual responsibility: the clear and unequivocal recognition of the rules of warfare in international law and State practice indicating an intention to criminalize the prohibition, including statements by government officials and international organizations, as well as punishment of violations by national courts and military tribunals (id., at 445-47, 467). Where these conditions are met, individuals must be held criminally responsible (...).

⁹⁴⁶Ibidem. Para. 133. Of great relevance to the formation of *opinio juris* to the effect that violations of general international humanitarian law governing internal armed conflicts entail the criminal responsibility of those committing or ordering those violations are certain resolutions unanimously adopted by the Security Council. Thus, for instance, in two resolutions on Somalia, where a civil strife was under way, the Security Council unanimously condemned breaches of humanitarian law and stated that the authors of such breaches or those who had ordered their commission would be held "individually responsible" for them. (See S.C. Res. 794. (3 December 1992); S.C. Res. 814 (26 March 1993).

⁹⁴⁷ Ibidem. The Nuremberg Tribunal concluded: "crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".

5.4.1. El Tribunal Penal Militar de Nüremberg

El 8 de agosto de 1945, a través del acuerdo de Londres que estableció por primera vez en la historia la consolidación de un Tribunal Militar Penal Internacional de Nüremberg,⁹⁴⁸ con remisión expresa a la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943, los gobiernos de EE.UU. Francia, Gran Bretaña, y la Unión Soviética, firmaron en Londres el pacto para la institución del primer Tribunal Militar Internacional para juzgar a los criminales de la Segunda Guerra Mundial.

Lo anterior por las flagrantes violaciones cometidas durante la Alemania Nazi. Actores que con arreglo a la declaración de Moscú, fueron entregados a los países –potencias vencedoras– en los que cometieron los crímenes durante la guerra, para que pudieran ser juzgados y condenados acorde a las leyes de esos países; delitos que por la magnitud del asunto que se debatía, serían sentenciados independientemente del lugar de donde se hubiesen cometido, y de forma conjunta por los gobiernos aliados. Facultad dada por la Carta del Tribunal Militar Penal Internacional de Nüremberg,⁹⁴⁹ para ser penados de manera individual o como miembros de organizaciones, por los actos que constan a continuación:

⁹⁴⁸Comenzó: 18 de Octubre de 1945. Terminó: 1 de Octubre de 1946. Sesiones: 216. Peticiones de Procesamiento: 4.850. Procesados realmente: 611 Personas. Testigos presentes: 360 testigos. No Presentes Que aportan declaración Jurada: 2.000. Resoluciones: Las resoluciones del juicio fueron publicadas entre 1947 y 1949 con un total de 14.638 páginas compiladas en 22 tomos. Al respecto consúltese: Historia virtual del holocausto: *La historia del genocidio contra la población hebrea del 30 de enero de 1933 al 16 de octubre de 1946*. [En línea] <http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm> [fecha de consulta septiembre de 2012]

⁹⁴⁹ Por lo que se refiere al ámbito material de la responsabilidad individual, el Tribunal de Nüremberg se declaró competente para juzgar los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad (Art 6.). Tanto en el propio juicio, como con posterioridad en el ámbito doctrinal, se planteó un intenso debate acerca de la adecuación de las categorías de crímenes contra la paz y contra la humanidad al principio de legalidad en el ámbito penal (*nulum crime sine lege, nulla poena sine lege*). Esta polémica no se extendió, sin embargo, a los crímenes de guerra que podían fundamentarse en los usos de la guerra tal como habían sido codificados por los instrumentos relativos al derecho de los conflictos armados. Vid. LIROLA DELGADO, Isabel. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. Cit, p. 18-19.

- a.** Crímenes Contra la Paz: contemplado por planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

- b.** Crímenes de Guerra: consagrado por violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.

- c.** Crímenes contra la Humanidad: Entiéndase por tal, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Ilustración No 10. Víctimas de la II Guerra Mundial⁹⁵⁰



Todos estos crímenes, que como se observa, se encuentran tipificados en la Carta del Tribunal Militar Penal Internacional de Nüremberg,⁹⁵¹ han generado mucha controversia, pese a la idea de infringir justicia en la lucha contra la impunidad; pues la historia enseña que el ejercicio del poder penal, “de todo poder penal”, siempre deriva en abuso.

Lo cierto es que la fobia a la impunidad genera un entusiasmo por lo punitivo que exige del poder penal mucho más de lo que está al alcance de su capacidad de rendimiento.⁹⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, señalaba con justa razón que para alcanzar la paz “el

⁹⁵⁰Imagen consultada: [en línea]. <http://www.libertaddigital.com/mundo/hallan-en-ucrania-una-fosa-comun-de-5000-judios-exterminados-por-los-nazis-1276307084/> [fecha de consulta abril 23 de 2012].

⁹⁵¹Organización de Naciones Unidas (ONU). Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg. Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en: *Compendio de instrumentos internacionales*, ONU, A/CN.4/368,13 abril de 1983. Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General. [Consultado en marzo de 2012]. [En línea] disponible en: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDMHE>.

⁹⁵²PASTOR, Daniel. *Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Op. Cit, p. 72.

código penal es un instrumento tan inútil como la fuentecilla de la cocina lo es para apagar un incendio [...] los códigos penales se han hecho para reprimir al homicida vulgar, al ladrón corriente, jamás para grandes tareas.⁹⁵³

Desde esta postura y tomando como base el sentir de las grandes potencias vencedoras de la guerra, si bien, se está ante “la introducción de responsabilidad internacional en el sistema de justicia internacional, pero no tanto penal, pues el sistema no tiene un rango penal de calidad: se trata, antes bien, de la novedad de incorporar al sistema de sanciones del derecho internacional, una suerte de “represalia individual” y nada más, aunque lo llamemos derecho penal internacional”.⁹⁵⁴

Sin lugar a dudas los antecedentes de la Corte Penal Internacional tienen muchas interpretaciones con diferentes puntos de vistas, en los que los Juicios de Núremberg⁹⁵⁵ como se verá, también tienen un grado de des-legitimidad por la ambigüedad de sus preceptos. –Aunque no se pone en duda la crueldad de lo ocurrido en los campos de concentración sobre todo en *Auschwitz* con la matanza de los “enemigos” del Régimen–.⁹⁵⁶

⁹⁵³JIMÉNEZ DE ASÚA, José. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, Tomo II, 1950, p. 1039.

⁹⁵⁴PASTOR, Daniel. Op cit, p. 85.

⁹⁵⁵La creación ex post facto de los tribunales *ad hoc* infringe ante todo el elemento temporal del principio nullum crimen, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Todos los tribunales ad hoc –desde Nu◻remberg a La Haya, Arusha, Freetown, Pnom Penh, Bagdad y El Líbano (este último situado en La Haya)– 3 fueron establecidos con posterioridad a la comisión de los crímenes que ellos mismos iban a juzgar. Si no se limitan a los crímenes del pasado puede haber un elemento de proyección hacia el futuro en su competencia, como es el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) que “está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia” (art. 1 Estatuto TPIY), es decir, hasta su cierre definitivo. No obstante, esto no modifica el carácter esencialmente retroactivo de este tipo de jurisdicción. Cfr. AMBOS, Kai. “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”. *Política Criminal*, vol. 5, nº, 9, 2010, p. 238. [En línea] Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf>.

⁹⁵⁶Auschwitz es tan importante no sólo porque fue el lugar donde se produjo la mayor matanza masiva de judíos, sino también porque fue un caso único dentro del sistema nazi. Empezó en 1940 como campo de concentración para brutalizar a la gente, pero no para matarla, y cuando se decidió la solución final se convirtió en esa infame imagen de los crematorios y las cámaras de gas de Birkenau, con la verja de hierro como entrada al escenario de la gran matanza. Su complejidad deriva de eso: fue el único campo nazi que fue campo de aniquilamiento y campo de concentración y trabajo, y lo sorprendente es que se incorporó bastante más tarde que otros a los asesinatos masivos. Pero lo más importante es que simboliza la filosofía nazi sobre la selección de la raza, que no es más que una corrupción de la teoría

5.4.1.1. Objeciones al caso Nüremberg

Todo proceso judicial, cualquiera que sea, debe ser entendido como: “un instrumento para el hallazgo de la verdad y la dispensación de la justicia material a través de decisiones en derecho que a la vez sean justas y realicen los principios esenciales del ordenamiento jurídico”.⁹⁵⁷ Por lo anterior, el proceso penal debe ser la expresión de los aspectos penales que como principios y valores sociales, se consagren en los ordenamientos jurídicos irradiados por una Constitución⁹⁵⁸ –como norma de normas y ley de leyes o ley fundamental, legitimada por los factores reales de poder⁹⁵⁹ que rigen una sociedad determinada– o por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Para garantizar dichos postulados se ha consagrado el *principio del debido proceso*, que tiene rango fundamental; mediante él se consagran una serie de derechos y garantías, así pues, no se encuentra solamente la facultad de demandar y exigir juicios de reproche, es decir el derecho de acción, sino también, el derecho de defensa, para solicitar pruebas, y controvertirlas en los momentos procesales oportunos, con juez o tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, bajo las formas propias de cada juicio, con uso necesario de la presunción de inocencia. Regido, bajo esta lógica, por el principio de legalidad, principio rector del Derecho penal

darwinista sobre la selección natural: cada judío que entraba allí moría, unos antes (las mujeres y los niños no tardaban ni dos horas en llegar a las cámaras de gas) y otros (los hombres) después de trabajar en las redes de fábricas que había en el campo. Cfr. MORA, Miguel. Entrevista a Laurence Rees. "Auschwitz no fue la obra de un loco". Madrid: *El País-Cultura*, marzo 17 de 2005. Vid. REES, Laurence. *Auschwitz. Los nazis y la solución final*. David León y Luís Noriega, (trad.), Barcelona, Critica, 2005, pp. 25-31.

⁹⁵⁷ BASTIDAS RAMIREZ, Yesid. *El juicio oral en Colombia*. Santafé de Bogotá: Ibáñez, 1era, ed. 2001, p. 19.

⁹⁵⁸ Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. Bogotá: 1era ed, septiembre de 2003, p. 16.

⁹⁵⁹ LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Monografías jurídicas. Bogotá: Temis, 2da ed. 1997, pp. 41-42.

que exige por la definición del crimen en una norma escrita, ser “interpretado estrictamente, no siendo extensivo por analogía”.⁹⁶⁰

Es pues el debido proceso un cúmulo de derechos que deben mantenerse en todo tipo de actuación. Se considera por tanto, una norma rectora, y como tal, “debe estar destinada a regir y a orientar todo el sistema jurídico penal, de manera que, los diversos desarrollos guarden coherencia con el punto de partida porque constituyen el marco hermenéutico para la interpretación y aplicación de la ley penal”.⁹⁶¹ Motivo por el cual, son de obligatoria e imperativa observancia para todo operador jurídicos.

En esencia, el debido proceso es uno de los pilares para una recta aplicación de justicia, que rige para cualquier clase de proceso, para tener completa coherencia con el principio de dignidad humana, como principio superior y columna vertebral del derecho, ya que de la misma manera que una sociedad tiene derecho a juzgar a los acusados de presuntos delitos, las personas también tienen derecho a que sean juzgadas con respeto a un debido proceso, hablándose entonces de un proceso justo.

Se podría afirmar que, un juicio justo es aquel que tiene consecuencias indeterminadas, pues el desenlace del mismo no puede estar predeterminado, es decir, planeado por jueces parcializados que proyecten el final. De esta manera todo juicio debe girar no solo entorno al material probatorio allegado al proceso, debe ser pensado desde el derecho más que como un mecanismo sancionatorio, como una protección jurídica efectiva para una correcta aplicación de justicia.

Tal situación no ocurrió en el caso de los *juicios de Núremberg*,⁹⁶² el problema de los Tribunales y procedimiento era mucho más complejejo que las preocupaciones

⁹⁶⁰RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luís. “Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En *Revista Española de derecho militar*, nº. 75, 2000, p. 389.

⁹⁶¹VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1994, p. 29.

⁹⁶²De allí que no sea sorprendente que la jurisprudencia no ofrezca un fundamento teórico; todo lo que se puede encontrar es una referencia lacónica del juez Powers a una "conexión causal". En suma, el enfoque de Núremberg puede ser llamado pragmático más que dogmático, y orientado a la evidencia

políticas, por eso siguiendo la línea de ORTÍZ TREVIÑO, a la luz de la historia del derecho de gentes y de los derechos humanos, la problemática se puede concretar en una palabra: contradicción. O para ser precisos una serie de contradicciones:

Estado moderno desde la perspectiva constitucional, se fincaba en cuanto a principio, en la seguridad jurídica, cuyo basamento es el principio de legalidad. No una legalidad que fuese materia de tirantez para cometer atropellos mediante tal instrumento, (...). Si no una ley que fuese la contención del poder arbitrario, puesto que entre otras cosas esos son las garantías de audiencia como lo es el debido proceso legal. Derivado de esto, los tribunales deberían ser generales y estar constituidos antes de los hechos. Ni qué decir de las leyes penales (...). Y he aquí la primera contradicción, los juicios de Nüremberg tendrían otra víctima además de las causadas trágicamente por sus procesados, la *seguridad jurídica*, enorme logro del Estado y del constitucionalismo moderno.⁹⁶³

Se suma a lo anterior el hecho que Los EE.UU e Inglaterra compartían tradiciones jurídicas englobadas en el *common law*; Francia era la quintaesencia del *civil law* y la Unión Soviética era su símil en lo que fuera el *socialist law*. No obstante que el derecho militar suele ser codificado, los conflictos de tradiciones prevalecían.⁹⁶⁴ Además el panorama apuntaba a que la culpabilidad de los juzgados, aún sin ley preexistente y con antelación a la sentencia condenatoria, aquella fuera asumida con obviedad, una serie de *condictio sine qua non* de justicia dada la presión de la moralidad pública por la gravedad de las atrocidades de la Guerra. No podría imaginarse *per se*, que hubiese intención clara de alguna de las potencias vencedoras representadas en los miembros del Tribunal de respetar la presunción de inocencia,⁹⁶⁵

más que a una cuestión de principios. Vid. AMBOS, Kai. "Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional: Un análisis jurisprudencial. Op. Cit, p. 9.

⁹⁶³ ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto. "Los juicios de Nüremberg 60 años después". México: Centro de Investigaciones Jurídicas, (UNAM), 2007, p. 42.

⁹⁶⁴ Ibid, p. 42.

⁹⁶⁵ Juez Jackson expresó: "Si estos hombres son los líderes de la primera guerra de una nación derrotada a ser enjuiciada en el nombre de la ley, son también los primeros en tener la oportunidad para abogar por sus vidas en el nombre de la ley. Siendo realistas, la Carta de este Tribunal, lo que les da una audiencia, es también la fuente de su única esperanza. Es posible que estos hombres con problemas de conciencia, cuyo único deseo es que el mundo se olvide de ellos, no consideran un juicio como un favor. Pero tienen una oportunidad justa de defenderse a sí mismos, a favor de que estos hombres, cuando en el poder, rara vez llegan a sus compatriotas. A pesar de que la opinión pública ya condena sus actos, estamos de

pues ante los ojos del mundo siempre fueron vistos como culpables. Por ello la justicia penal internacional *ad hoc* siempre se caracterizó, entre otras cosas, por la violación de un principio general de derecho, a saber, el principio *nullum crimen sine lege*".⁹⁶⁶

Por lo tanto, la creación *ex post facto* de los Tribunales *ad hoc* infringió ante todo el elemento temporal del principio *nullum crimen*, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales, al no existir una ley previa a los hechos cometidos, incurriendo en violación clara al principio de legalidad.⁹⁶⁷ Por eso hay quienes se refieren a dicha situación como al *defecto congénito* de los Tribunales *ad hoc* por el carácter esencialmente retroactivo de este tipo de jurisdicción.⁹⁶⁸ Pero con esto no se pretende negar en Nüremberg la existencia de actos que pueden ser reconocidos más allá de toda duda razonable⁹⁶⁹ como crímenes internacionales en el derecho internacional consuetudinario.⁹⁷⁰

acuerdo en que aquí se les debe dar la presunción de inocencia, y aceptamos la carga de la prueba de los actos delictivos y la responsabilidad de los mismos acusados". Cfr. Historia del holocausto: *La historia del genocidio contra la población hebrea del 30 de enero de 1933 al 16 de octubre de 1946*. [En línea] <http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm> [Fecha de consulta septiembre 21 de 2012].

⁹⁶⁶Vid. AMBOS, Kai. "Nulla poena sine lege in International criminal law Roelof Haverman and Olaoluwa Olusanya, (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Oxford: Intersentia publisher, 2006, pp. 17- 21. Igualmente la versión en español: en *Ciencias Penales*, n.º. 26, 2009, pp. 31-44.

⁹⁶⁷ El Tribunal rechazó las argumentaciones de la defensa de que tales actos no estaban definidos con antelación como crímenes en Derecho Internacional, con lo que la condena de los acusados violaría el principio de no retroactividad de la ley penal. Se rechazó la argumentación de que parte de los acusados no era responsable de sus actos porque actuaron por obediencia debida, pues "*lo importante no era la existencia de las órdenes superiores inmorales, sino si la no ejecución de las mismas era de hecho posible o no*". Historia virtual del holocausto. Vid. <http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm>

⁹⁶⁸ AMBOS, Kai. *El derecho penal internacional en la encrucijada*. Op. Cit. p, 238.

⁹⁶⁹ Comentarios del Juez Robert H. Jackson: "En el banquillo de los acusados están sentados veinte hombres destruidos ... su capacidad personal para el mal ha terminado para siempre. Es difícil percibir en estos hombres miserables, cautivos, el poder por el cual los líderes nazis dominaron parte del mundo y aterrorizaron a gran parte de él... Lo que hace a esta investigación significativa es que estos prisioneros son el símbolo vivo del odio racial, del terror y la violencia, de la arrogancia y la crueldad en el poder(...). El privilegio de abrir el primer juicio en la historia de los crímenes contra la paz del mundo, impone una grave responsabilidad. Los males que nos trata de condenar y castigar han sido tan calculados, tan malignos y tan devastadores, que la civilización no puede tolerar que se ignoren, porque no se puede sobrevivir a su repetición. Historia virtual del holocausto. Recuperado en: <<http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm>>.

⁹⁷⁰ AMBOS, Kai. *El derecho penal internacional en la encrucijada*. Op. Cit. p, 238. Mientras que la fórmula de los principios generales de los tratados de derechos humanos, debido a su alcance prácticamente ilimitado, constituye una violación flagrante de la seguridad jurídica (*nullum crimen sine lege certa*), una comprensión estricta de la costumbre, que requiera una opinión iuris no controvertida y una sólida práctica por parte de los Estados, podría constituir un fundamento legítimo de la existencia de crímenes no escritos.

Ciertamente el Tribunal de Nüremberg⁹⁷¹ intentó brindar las garantías de un juicio justo *stricto sensu*, –respetando el derecho a ser informado acerca de la acusación y en el idioma del acusado, el derecho a una defensa adecuada, etc;– con él se quiso también establecer un procedimiento serio y respetoso con garantías procesales, sin embargo si se releen las notas de GOLDENSOHN⁹⁷² se pueden observar las irregulares que permitieron todo lo contrario, sobre todo por la confidencialidad de la que no podían ser titulares los acusados.

Es fácil concluir que el inculpado siempre fue visto como objeto de la investigación y por lo tanto no eran sujetos de derecho. Por lo que el proceso desde el inicio hasta su fin giro entorno a imponer una pena. De esta manera sus declaraciones no fueron un medio de defensa, sino un medio de prueba contra los enemigos de la humanidad.

Por otra parte, expresiones⁹⁷³ que apelaban por un llamado de justicia, como por ejemplo determinar el grado de culpabilidad y el castigo apropiado para un juicio justo, en la sentencia no fueron relevante, debido a que hubo violación al principio proporcionalidad y legalidad por supuesto, a sabiendas que estos son de suma importancia desde el nacimiento del proceso mismo, en su objeto, desenvolvimiento y en su terminación. Siguiendo con los mismos lineamientos, si se afirma que durante el proceso las partes gozaron de idénticas posibilidades de ataques y de defensa

⁹⁷¹ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto. “Los juicios de Nüremberg 60 años después”. Centro de Investigaciones Jurídicas, (UNAM), 2007, pp. 36-37. [En línea]. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/2/art/art2.pdf>>.

⁹⁷² Cfr. GOLDENSOHN León. *Las entrevistas de Nuremberg*. Edición e introducción: Robert Gellately. Madrid: Taurus, 2005, p.

⁹⁷³Comentarios del Fiscal Británico Sir Hartley Shawcross: “Algunos, que tal vez sean más culpable que otros, también desempeñaron un papel más directo y más activo en estos crímenes horribles. Pero cuando estos delitos son, (...): la esclavitud, asesinatos en masa y la guerra mundial, cuando las consecuencias de los crímenes son la muerte de más de 20 millones de nuestros semejantes, la devastación de un continente la propagación de la tragedia y sufrimiento en todo el mundo. ¿Qué importa, si algunos perdieron sus vidas sólo un millar de veces en que otros merecen un millón de muertes? ... la libertad, el amor, la comprensión, viene a esta Corte y exclama: “¡Estas son nuestras leyes, dejar que prevalezca!”. Vid. Historia virtual del holocausto. <<http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm>>.

(*audiatur et altera pars*), es un sofisma, pues aunque las partes fueron escuchadas, lo que se debatía estaba influenciado por el rigor de encontrar la justificación para establecer una pena.

En términos generales la contraparte siempre se mostró en desventaja, pudiéndose decir que no se llevo al esclarecimiento de la verdad por el orden natural, pues no basta con que el sujeto haya sido materialmente oído, sino que, se tenga la posibilidad procesal de formular alegaciones incluyendo no sólo las argumentaciones jurídicas, sino también cuestiones fácticas y, por supuesto los medios de prueba. Por consiguiente cabe preguntarse, *¿Dónde quedaron ese conjunto de condiciones que deben cumplirse desde el punto de vista legal, para que los delitos imputados no desembocaran en actos caprichosos, fruto de los intereses de los falladores por encauzar una investigación o el análisis de prueba con fines determinados que violentarán el debido proceso?*

La prueba que es inherente a la realidad humana, como material de conocimiento para demostrar y convencer al juez debió ser desarrollada conforme a las reglas de la sana crítica y, en definitiva, el objeto del proceso se convirtió en la imposición de una pena para mostrar los resultados esperados al mundo con la idea de combatir la impunidad histórica, olvidando que en la administración de justicia no es solo importante la lógica aparente de los hechos, sino también las garantías penales y procesales de los imputados, así como los ideales entorno a la noción de justicia, paz, libertad, e igualdad de los ciudadanos. De esta manera, en este contexto se pueden resaltar variadas objeciones a saber:

- a. La decisión de emprender un juicio fue iniciativa de las 4 potencias vencedoras en la II Guerra Mundial, por tanto, ya había una posición definida ante los ojos del mundo, por eso los tribunales no fueron más que un sofisma de distracción, disfrazados bajo la legalidad del derecho. –Lo que no quiere decir que la constitución del Tribunal no fuese razonablemente necesaria–.

- b.** Al momento de desarrollado el juicio, no existía regulación para los acontecimientos perpetrados, por lo que se vulneró de manera flagrante el principio *nullum crimen, nulla poene sine lege*, al no existir una ley previa a los hechos cometidos.

- c.** En la época el principio del juez natural e imparcial paso a un segundo plano, ya que se le concedió la razón a la moralidad pública y a los instintos de poder de unos sobre otros, para generar intimidación sobre el mundo entero y dejar enseñanza de no repetición de actos de barbarie.

- d.** Siempre serán los vencidos en guerra “los malos o enemigos” del mundo, lo que varía es la facultad de ser vencido o no, durante la guerra, eso será lo que refuerce la legitimidad de los posibles juzgamientos; más no la razón del propio derecho. Pues en su momento no existía más allá del derecho consuetudinario, regulación que otorgase a las fuerzas victoriosas la facultad de constituir tribunales por hechos ocurridos durante la guerra.

- e.** No se valieron de los principios fundamentales del Derecho penal como instrumentos que ya eran aplicables para la época. Haciendo la salvedad que, en Alemania como consecuencia de la guerra ya no había una estructura solida de Estado, por ende, no hubiese existido muy probablemente una fuerza jurídica capaz de dirimir en un juicio lo que se debatía. Situación aprovechada por las potencias vencedoras, que no permitirían que pasara lo mismo de la I Guerra Mundial para que los culpables no quedaran sin castigo.

BECCARÍA,⁹⁷⁴ supuso en su tiempo que el ejercicio de la función punitiva tiene límites, que la pena debe ser igualitaria, y debe tener finalidad preventiva, con proporcional al delito imputado, y que debe ser cierta, controlada por el principio de

⁹⁷⁴BECCARIA, Cesare. Op. Cit, p. XXI-XXIV.

legalidad, y con la imputación de un juez natural. Empero, esto en Nüremberg con todas las aristas de un debido proceso, queda poco claro, pues lo que se mostró fue un mensaje vendido a la humanidad de que esos actos en la historia no podían llegar a repetirse, pues como dijo JORGE AGUSTÍN NICOLÁS RUIZ de SANTAYANA “quien olvida su historia está condenado a repetirla”; por eso, aquello se constituyó en un llamado de amenaza para mostrar al mundo que pasaría sí hechos similares se llagaran a presentar en el futuro.

No sobra advertir que lo ocurrido, aún sin la existencia de derecho escrito, fue meritorio de la designación histórica como crímenes internacionales, y, para las exigencias de la época, muy posiblemente podría ser la mejor manera encontrada para resolver en juicio las atrocidades ocurridas en la Segunda Guerra Mundial. Lo complejo del asunto es que no se puede tampoco desconocer, que las lecciones de la historia enseñan: “que pertenece a la naturaleza del poder penal que su ejercicio derive en arbitrariedad y abuso, como ocurrió en los juicios de Nüremberg, pues creer que quién está facultado para hacer la guerra a un país con el fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacional, pueda por ello, *a maiore ad minus*, mandar a enjuiciar a las personas responsables por crímenes internacionales es un error paladino”.⁹⁷⁵ Mientras que la guerra es una acción de pura fuerza y violencia que, aunque necesaria en su caso, no reclama para sí una función ética, la administración de justicia en cambio, sólo es aceptable⁹⁷⁶ si se ejerce debidamente, para lo cual es indispensable una alta legitimidad moral en su establecimiento y en sus fundamentos de actuación.

⁹⁷⁵PASTOR, Daniel. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Op cit. p.19, 46.

⁹⁷⁶Ibíd, p. 46.

5.2.2. Tribunal Penal Militar de Tokio

Como análogo al Tribunal de Nüremberg, el Tribunal Penal Militar de Tokio⁹⁷⁷ se crea por las potencias aliadas con las mismas características pero en ocasión a la guerra desatada por Japón. En este contexto se establece el 19 de enero de 1946⁹⁷⁸ para el “justo y pronto castigo de los grandes criminales de guerra del Extremo Oriente. Pero si se analiza esta norma, se advierte que: “la finalidad de este estatuto era esencialmente punitiva, toda vez que no se preveía la posibilidad de que alguno de los acusados fuese inocente. De ello se desprende que el propio Estatuto no partía de la presunción de que todo aquel que comparece ante la jurisdicción de ese tribunal es inocente”⁹⁷⁹. No hace falta un análisis de fondo para entender que el sentido de la norma era netamente condenatorio.

No obstante, existieron magistrados que emitieron opiniones disidentes: “el francés BERNARD, el indio PAL y el holandés RÖLING. Pues se preguntaban qué carácter vinculante podía tener para el Tribunal un estatuto promulgado por el conquistador victorioso”.⁹⁸⁰ Se manifestó entonces que la defensa se había visto gravemente limitada siendo violatoria de los postulados de un debido proceso.

El juez RÖLING, planteó, por ejemplo: “una cuestión de fondo sobre los “crímenes contra la paz”, afirmando que aquel no existía a la luz del derecho internacional. Por otra parte, PAL señaló que el nombre de la justicia se estaba aplicando a procesos que no tenían más que la represalia vengativa”.⁹⁸¹ Además, es preciso señalar que, a diferencia del caso de la Alemania Nazi, en la cual la estructura estaba completamente

⁹⁷⁷ Ibídem. “Estos tribunales tienen el sabor de la justicia de los vencedores. Este fue el caso en Nuñremberg y Tokio en el pasado y es la situación de Irak en el presente. No son verdaderos tribunales universales pero su normativa siempre fue (y es) enmarcada de acuerdo con las tradiciones legales e intereses políticos de los poderes que las crearon. En consecuencia, la justicia penal internacional *ad hoc* siempre fue common law, una justicia penal acusatoria sin jurado”.

⁹⁷⁸ OLÁSULO, Héctor. Op. cit. p. 38.

⁹⁷⁹ GRAMAJO, Juan Manuel. Op. Cit., p. 69.

⁹⁸⁰ Ibid; p. 70.

⁹⁸¹ Ibid; p. 70.

fragmentada, pues paso al control de los aliados, Japón por el contrario había conservado el ejercicio de su soberanía.

No es aceptable entonces que quién tenga capacidad para hacer la guerra lo tenga para cualquier cosa, mucho menos para crear verdaderos tribunales de justicia. Se trata de una idea que se burla del método jurídico⁹⁸². En cualquier caso, de estas consideraciones se desprende claramente que el recurso al derecho penal no escrito está plagado de incertidumbres y dificultades que hacen a menudo prácticamente imposible encontrar un consenso sobre la criminalidad de una conducta particular. En efecto, debería ser indiscutible que la calificación de una conducta como crimen por medio de una codificación conduce a una mayor claridad y seguridad. De hecho, esta es la razón por la cual las modernas jurisdicciones del common law han prácticamente derogado los crímenes del *common law*.⁹⁸³

5.2.3. Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Con la experiencia de Nüremberg y Tokio la idea de impartir justicia en la lucha contra la impunidad continua para la década los 90s. Se crean y en otras coyunturas el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)⁹⁸⁴ en 1993, y Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en 1994. Ambos Tribunales fueron producto de las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta de la ONU al Consejo de Seguridad (CdS o CSONU).

⁹⁸²PASTOR, Daniel. Op. Cit, p. 46.

⁹⁸³Kai Ambos. *El derecho penal internacional en la encrucijada*. Op. cit. pp. 239-240.

⁹⁸⁴Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se convirtió en el primer Tribunal Internacional que: “encontró a un acusado culpable de violación como delito de tortura y, por consiguiente, crimen de guerra, así como crimen de lesa humanidad. Por otra parte, el Tribunal amplió la definición de esclavitud como crimen de lesa humanidad para incluir la esclavitud sexual; anteriormente, el trabajo forzado era el único tipo de esclavitud considerado crimen de lesa humanidad. Cfr. Organización de Naciones Unidas (ONU). Enseñanzas extraídas de Ruanda: la violencia sexual como arma de guerra. Disponible en <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/sexualviolence.shtml> [Consultado 21.09.2012].

El primero se constituyó mediante resolución 827 del 25 de mayo en 1993, “*para el procesamiento de las personas responsables de las serias violaciones de derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, desde 1991*”. Dicha resolución se destaca porque marca un hito en la historia, toda vez que por primera vez el CdS ejerce dichos poderes excusado en la amenaza o quebrantamiento a la paz. En el segundo caso emitió la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda⁹⁸⁵ y en Estados vecinos, entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año.

Lo anterior puede decirse fue una respuesta apresurada del CdS ante la carencia de un Tribunal Penal Internacional permanente que pudiese conocer del asunto. A la fecha, junto a la costumbre internacional –la Convención para la Sanción y Prevención del delito de Genocidio de 1948 y las leyes de la Guerra o DIH de 1949– solo se contaba con fuentes básicas de derecho internacional penal que habían sido heredadas desde Nüremberg, pues el Tribunal de Tokio se limitó a aplicar la misma normatividad. No obstante, esto significó un impulso representativo en la preparación del proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sobre todo por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, como órgano destacado en su construcción.

⁹⁸⁵ Por su parte el TPIR fue el primero que halló culpable a un acusado de violación como crimen de lesa humanidad y crimen de genocidio. Vid. ICTR-96-4-T. *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, para 687. Tanto el TPIR como el TPIY avanzaron en la incorporación de actos como la práctica forzada de sexo oral como violación. Vid. ICTY-IT-96-21, *Caso Prosecutor v. delalic y otros “Celebici”*, párr. 478-479. ICTY-IT-95-17/1, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, párr. 179. Además son significativos los avances en considerar la violencia sexual como arma de guerra, elemento fundamental para su constitución como crimen internacional en su modalidad de lesa humanidad y crimen de guerra. Crf. Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU). S/RES/1820 19 de junio (2008). Vid. DIAZ, Ingrid. “La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno”. *En Temas de derecho penal y derechos humanos*. Víctor Manuel Quintero (Ed-Coord). Perú: Instituto de Democracia y derechos humanos, Marzo de 2012, pp. 141-180.

En cuanto al TPIR⁹⁸⁶ aún las numerosas críticas por las dificultades de funcionamiento, tiene el mérito de haber sido el primer Tribunal que emitió una sentencia histórica donde se produjo una condena por genocidio, considerando que: “la violación a mujeres puede ser constitutiva de genocidio si cuenta con la intencionalidad requerida para tal calificativo. Además éste Tribunal aunque se establece más tarde que el TPIY fue pionero en temas de violencia sexual, introduciendo el concepto de violación en el caso *Akayesu*, proporcionando una definición más orientadora que no se redujese a una enumeración de conductas prohibidas”.⁹⁸⁷ La conclusión es que el crimen de violación no debe definirse mediante una enunciación exhaustiva de las partes del cuerpo y de los instrumentos utilizados del acto en cuestión, sino que la esencia radica en el hecho de que se trata de una invasión de naturaleza sexual y bajo condiciones de coacción.

Por eso en el referido caso *Akayesu*,⁹⁸⁸ la Sala I describió la violación como crimen contra la humanidad y optó por una descripción “conceptual de la violación y no “mecánica” para permitir la adaptación de la descripción al carácter evolutivo de las normas penales, que abarcan en algunos casos no sólo cualquier acto de penetración sexual no consentida, cometida sobre otra persona, sino también la introducción de objetos en orificios del cuerpo de otra persona que no son considerados como teniendo una vocación sexual intrínseca y/o la utilización de estos orificios con una finalidad sexual”.⁹⁸⁹ Una violación es una “invasión física de carácter sexual cometida por una persona contra otra en circunstancias coercitivas, y la agresión sexual, de la que la violación es una manifestación, se considera un acto de naturaleza sexual cometido contra otra persona coactivamente”.⁹⁹⁰

⁹⁸⁶TORRES PÉREZ, M y BOU FRANCH, V. *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*. Valencia: Tirant monografías, 2004, p, 396-412.

⁹⁸⁷ Ibid. p. 48 y 56.

⁹⁸⁸ Vid. ICTR-96-4-T. *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*.

⁹⁸⁹ CAPELLÀ I ROIG, Margalida. Op. Cit, p. 259-260.

⁹⁹⁰ Ibídem.

Siguiendo con este planteamiento, la Sala consideró que la violación puede ser utilizada con la finalidad de intimidar, degradar, humillar, discriminar, sancionar, controlar o destruir a una persona. Por ello, la Sala asimiló la violación con la tortura cuando aquella es cometida instigada o consentida por un agente de la función pública o por cualquier otra persona actuando a título oficial.⁹⁹¹ Y finalmente como crimen contra la humanidad según el Estatuto del TPIR, la Sala llegó a la conclusión de que es la finalidad discriminatoria de la violación el elemento que la constituye como tal. Así el crimen de lesa humanidad de violación tiene que ser cometido: “(a) en el marco de un ataque generalizado o sistemático; (b) contra una población civil; (c) por motivos discriminatorios, por razón principalmente de la pertinencia nacional, étnica, política, racial o religiosa de la víctima”.

En la sentencia del caso *Musema*, la Sala I del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, expone que TPIY ha adoptado su descripción en el caso *Celebici*,⁹⁹² y ratifica la consideración de esta misma Sala en el caso *Furundzija*,⁹⁹³ de actos como la práctica forzada de sexo oral como violación, aunque en numerosos Estados este acto sea considerado como una agresión sexual o como atentado al pudor. Pero más recientemente, en el caso *Semanza* se ha añadido otro elemento que “se entiende incluido en el carácter coactivo de la violación y de la agresión: *la intención de realizar la penetración sexual prohibida con el conocimiento de que se hace sin el consentimiento de la víctima*”.⁹⁹⁴

De los juicios enunciados, Akayesu es un caso significativo en tanto la sentencia no tuvo que acudir a la función reproductora de la mujer para considerar la violación como un acto genocida, sino que le fue suficiente centrarse en las terribles secuelas físicas y psicológicas del propio acto de violación en sí, para considerar que posiblemente muchas de las víctimas de violaciones y por traumas asociados, no serían capaces de volver a mantener relaciones sexuales, y que en este sentido la violación

⁹⁹¹ *Ibidem*.

⁹⁹² Cfr. ICTY-IT-96-21, *delalic y otros “Celebici”* párr. 478-479.

⁹⁹³ Cfr. ICTY-IT-95-17/1, *Furundzija*, párr. 179.

⁹⁹⁴ Cfr. ICTR-97-20-T *Semanza*. Sentencia. 15 de mayo 2003, párr. 346.

tenía una intención genocida, de prevenir nacimientos dentro del propio grupo de los tutsis.⁹⁹⁵

De esta manera, queda claro que los Tribunales Penales Internacionales comprendieron la dificultad de procesar y sancionar actos de violación sexual debido a las especiales características en que esta se suele perpetrar como forma de violencia sexual. En esa medida, reconociendo que suele ocurrir bajo grave amenaza, la jurisprudencia ha considerado que ésta debe comprender la presencia de entornos coercitivos, es decir, contextos fácticos en los que resulta evidente que la víctima no otorgó su consentimiento debido a la opresión psicológica que recae sobre ella y que es aprovechada por el agresor.⁹⁹⁶

Toda la labor argumentativa e interpretativa surgida en los diferentes casos con la creación de los Tribunales *ad hoc* anteriores a la Corte Penal Internacional puede decirse que es de apreciable representación, lo cual no le quita el carácter de una justicia creada un poco a la ligera. No se pretende con esto desmeritar el rol relevante ante la carencia de un Tribunal Penal Internacional permanente que pudiese conocer de tales asuntos, pues presupuso un impulso representativo en la preparación del proyecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sobre todo por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, como órgano destacado en su construcción.

⁹⁹⁵ZORRILLA, Maider. Op. Cit, p, 58.

⁹⁹⁶ *Ibíd.*

ILUSTRACIÓN No 11. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES*

Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)	<i>COMPETENCIA RATIONE MATERIAE y RATIONE LOCI</i>
Este Tribunal Penal, se estableció en 1993 mediante la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 del 25 de mayo, fruto de las disputas étnicas y religiosas que llevaron a la desintegración de Yugoslavia, desencadenando masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.	Según el art., 1 de su Estatuto, este Tribunal Internacional tiene competencia para enjuiciar los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia, a partir de 1991: Violaciones graves a los Convenios de Ginebra, Art 2. Violación de las leyes o usos de la guerra, Art 3. Genocidio, Art 4. Crímenes de lesa humanidad, Art 5.
Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR), se originó mediante la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 del CdS, para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de otras violaciones de esta naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. Con ocasión de la pugna existente entre miembros de la minoría tutsi, (víctimas), y los hutus quienes fueron los que violaron masiva y gravemente los derechos humanos en todo el país.	El Tribunal Internacional para Rwanda estableció su competencia para juzgar los siguientes actos conforme a su Estatuto: <ul style="list-style-type: none"> - Genocidio: artículo 2° de su Estatuto. La colaboración para la comisión de genocidio; La incitación directa y pública a cometer genocidio; - La tentativa de genocidio; y La complicidad en el genocidio. - Crímenes contra la humanidad: Art 3. - Violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II. Art 4.

* El cuadro es construcción de la autora de este estudio.

En definitiva ha sido fuerte la tendencia a lo largo de toda la historia por materializar el poder penal del derecho no solo nacional sino internacional a través de tribunales, lo cual no quiere decir que sus creaciones hayan sido carentes de sentido, pero se cuestiona la forma como se traslada el deber de investigar, sancionar, y reparar al ámbito internacional, pues aunque en principio este sólo se activa de manera subsidiaria y complementaria, pareciera que puede terminar siendo la regla general ante la impunidad por la inoperancia de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de sus asociados, lo cual es importante advertir porque pone de manifiesto la necesidad de un Tribunal Penal Internacional Permanente.

5.3. Los Tribunales Penales Internacionalizados

De los Tribunales Penales Internacionalizados se puede decir que son de naturaleza híbrida o mixta, porque combinan el sistema judicial interno, con el sistema judicial internacional, o dicho de otra forma, son “instancias que integran elementos de carácter internacional a jurisdicciones nacionales de los Estados, cuyo territorio ha sido el escenario de los crímenes que pretenden ser juzgados”.⁹⁹⁷ Estos a su vez tienen características propias, por tanto son creados para circunstancias específicas sin tener la intencionalidad de ser permanentes.

Suelen estar compuestos por personal internacional y nacional ya sean jueces, o fiscales. Como su carácter lo indica, suelen aplicar normas procedimentales tanto de carácter nacional como internacional. De esta manera aparecieron las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya en el 2003⁹⁹⁸, y la Corte de Distrito de Dili-Timor Oriental, para el año 2000. Precisamente por crímenes de guerra, crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad.

⁹⁹⁷PRIETO SANJUÁN, Rafael A. Op cit; p. 387.

⁹⁹⁸CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Op. Cit, p. 191.

ILUSTRACIÓN No 12.**TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALIZADOS***

Tribunal	COMPETENCIA <i>RATIONE MATERIAE</i>
<p>Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya (2003). Se crearon por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática desde 1975 a 1979, conforme a lo establecido en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 57/228, de 18 de diciembre de 2002, para hacer justicia y lograr la reconciliación nacional, la estabilidad, la paz y la seguridad.</p>	<p>Se acordó como competencia de las salas especiales los siguientes crímenes: Genocidio: conforme lo define la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de diciembre 9 de 1948, Entrada en vigor: 12 de enero de 1951. Les a humanidad: según lo define el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. Transgresiones al derecho internacional humanitario, conforme a lo establecido a los Convenios de Ginebra de 1949. Delitos tipificados en el código penal de Camboya: el homicidio, la tortura y la persecución religiosa. Adicionalmente, se contempló someter a juicio a todos los sospechosos de destruir propiedad cultural según la Convención de la Haya de 1954 para la protección de la propiedad Cultural en Conflictos Armados y de acuerdo a la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas durante el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979.</p>
<p>Tribunal Especial para Sierra Leona. Establecido por acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona de conformidad con la resolución 1315 de 2000 del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000. Tiene una sala de instrucción, compuesta por dos jueces internacionales, nombrados por el Secretario General de la ONU y, uno por el gobierno de la Sierra Leona. Y una sala de apelación constituida por 5 Magistrados, de los cuales tres son internacionales y dos originarios de ese país. Este tribunal no tiene el carácter de órgano de la ONU,</p>	<p>Según el art. 2 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. Se le faculta para conocer sobre crímenes de lesa humanidad, para someter a juicio a quienes hayan cometido ataque generalizado o sistemático contra una población civil: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual prostitución forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual. Persecución fundada en motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos, y otros actos inhumanos.</p> <p>Según el art 3, por infracciones del art 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II del 8 de junio de 1977. Las infracciones incluyen: actos de violencia contra la vida, la salud, o de la integridad física o mental, tratos crueles como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal. Toma de rehenes, actos de terrorismo, entre otros. Además de otras infracciones al derecho internacional humanitario contempladas en el art 4 y de los crímenes</p>

<p>aunque su base se encuentre en una resolución del Consejo de Seguridad¹.</p>	<p>previstos en la legislación de Sierra Leona.</p>
<p>Corte de Distrito de Dili. Timor Oriental¹ (2000). Se creó a raíz de la violencia desatada con la anexión y ocupación del Timor Oriental (Ex colonia portuguesa) por Indonesia durante un cuarto de siglo (1975-1999).</p>	<p>Crímenes Graves de competencia de la Corte de Distrito de Dili Genocidio Crímenes de guerra Crímenes contra la humanidad Homicidios Delitos Sexuales; y Tortura</p>
<p>Cortes de Kosovo (2000). El plano judicial habría de funcionar en colaboración con el (TPIY) Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. El cual tiene prelación sobre los tribunales nacionales y, en relación con los principales autores de crímenes cometidos en el conflicto de desintegración de la Ex Yugoslavia socialista. En lo que respecta al campo penal de Kosovo, al igual que en el caso del Timor Oriental, las salas internacionalizadas funcionan con el sistema jurídico local, pero no tienen competencia exclusiva sobre los crímenes internacionales, ni prelación para enjuiciar los presuntos responsables.</p>	<p>Regulación 6 y 64 de la Misión Transitoria de las Naciones Unidas en el Kosovo, del 15 de diciembre de 2000. Dicha Corte, tiene competencia exclusiva sobre los crímenes cometidos durante el conflicto de desintegración la Ex Yugoslavia.</p>

5.4. La Jurisdicción Universal como alternativa en la lucha contra la impunidad

La jurisdicción universal⁹⁹⁹ es otra instancia que opera en Tribunales Nacionales pero de la mano de la justicia penal internacional, pues se le atribuye competencia a las autoridades de un Estado, para investigar, perseguir, y castigar, independientemente de la nacionalidad de la víctima y de la nacionalidad del acusado, o del lugar de la comisión del delito, cuando se trate de crímenes internacionales,¹⁰⁰⁰ necesariamente para satisfacer el derecho de las víctimas a que se haga justicia, cuando se hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por ser derechos que tienen como titulares de protección a la humanidad en su conjunto.

Lo anterior, en atención a ciertos criterios de conexión, bien sea por el principio de personalidad o nacionalidad activa,¹⁰⁰¹ en cuyo caso se le atribuye jurisdicción a los Tribunales de un Estado en el supuesto de que sus nacionales hayan cometido crímenes en el extranjero. O por el principio de personalidad o nacionalidad pasiva, que le permite al Estado juzgar a sus propios nacionales por delitos de especial gravedad aunque aquellos hayan sido cometidos en otro territorio.

El principio de jurisdicción universal,¹⁰⁰² así concebido, no es algo que sea reciente, está presente, desde mucho tiempo atrás, en las tesis de pensadores *ius internacionalistas*, como FRANCISCO SUAREZ y HUGO GROCIO, pioneros del derecho internacional, es en estos pensadores donde se

⁹⁹⁹ Es precisamente la aplicación de este principio lo que le permitió al Juez Baltazar Garzón tener competencia sobre el caso Pinochet, por graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile durante aproximadamente los 17 años que duro su dictadura, perdiendo cualquier derecho de inmunidad, lo cual facilito su detención por crímenes internacionales.

¹⁰⁰⁰ Ya se ha resaltado que los crímenes de lesa humanidad se generan por violaciones graves a los derechos humanos. Su codificación por primera vez estuvo prevista en los Estatutos de los Tribunales Nüremberg y Tokio, después de la Segunda Guerra Mundial. Por su parte el Estatuto de Roma, distingue como delito de lesa humanidad a los actos de tortura, exterminación, esclavitud sexual, homicidio, etc, cuando estos actos recaen sobre una población de manera sistemática o generalizada.

¹⁰⁰¹ SANCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Op. Cit. p. 34.

¹⁰⁰² PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. Op. Cit, p. 136-137.

encuentra realmente los indicios de este principio. Es GROCIO por ejemplo, en *De iure belli ac pacis*, quien realizará la formulación de los fundamentos de la jurisdicción universal, al considerar:

Los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual a los de los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo las injusticias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen especialmente, pero que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones [...] los soberanos junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general.¹⁰⁰³

Empero, la jurisdicción universal, se concreta más adelante, pero siendo reducida a un delito en particular, al de la piratería,¹⁰⁰⁴ que surgió como un tipo penal sujeto a la jurisdicción de todos los Estados, cosa que no fue gratuita, porque precisamente suscitaba intereses básicos de todos los Estados, y muy especialmente de los más poderosos. En este entendido, “no es extraño que los piratas fueran históricamente considerados como enemigos del género humano (*hostis humanis generis*) y la piratería como arquetipo de crimen contra el derecho de gentes (*delictum iuris gentium*)”.¹⁰⁰⁵

Actualmente se considera al principio de jurisdicción universal, como aquel “en virtud del cual, se le asigna competencia a las autoridades de un Estado, para la represión de delitos, que, independientemente de la nacionalidad de los autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales o supranacionales de especial importancia, y que por ello, trascienden la esfera de intereses individuales y específicos de uno o varios Estados en particular”.¹⁰⁰⁶ No obstante, la aplicación de este principio es algo que genera duda, puede decirse que es un principio de aplicabilidad selectiva,

¹⁰⁰³SANCHÉZ LEGIDO, Ángel. Op. Cit, p. 41.

¹⁰⁰⁴ La piratería ocupa un lugar tristemente destacado entre las amenazas contra la seguridad marítima –entendida esta como la premisa o conditio sine qua non para que puedan desarrollarse sobre la mar las actividades lícitas conforme al derecho internacional marítimo– junto con otros delitos, en ocasiones conexos, como son el terrorismo o los tráfico ilícitos de personas, estupefacientes y armas. Cfr. MARÍN CASTÁN, Fernando. “La piratería como crimen internacional”. José Rodríguez Villasante y Prieto (Coord.). *En La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Cuadernos de estrategia nº. 160, 2013, p.119.

¹⁰⁰⁵SANCHÉZ LEGIDO, Ángel. Op. Cit, p. 43.

¹⁰⁰⁶Ibid, p. 41.

puesto que, aunque la jurisdicción universal es también la única forma de garantizar persecución penal cuando los Estados encargados no lo hacen –además de la Corte Penal Internacional– bien porque sean incapaces de asegurar la captura, bien porque no exista regulación al respecto, o bien, porque hacen caso omiso a tal situación, no ha logrado materializarse por completo en la práctica jurídica.

La debilidad de este principio recae primordialmente en que los Estados aún son temerosos de darle aplicabilidad, pocos lo tienen consagrado –Alemania, El Reino Unido y España, también países africanos como Egipto lo admiten de manera automática– y algunos no lo tienen regulado en su normativa interna como derecho aplicable, y otros lo entienden subsumido en su derecho interno producto de los tratados¹⁰⁰⁷ que han ratificado.

Pero hay que advertir también, que una debilidad de estos Convenios es que “solamente obligan al ejercicio de la jurisdicción universal para violaciones cometidas en conflictos internacionales y no en conflictos de carácter no internacional. Sin embargo, se puede notar que hoy dichas disposiciones son aplicables también en conflictos armados no internacionales”,¹⁰⁰⁸ como lo ha demostrado la creación de los Tribunales Internacionales Penales *ad-hoc* para

¹⁰⁰⁷ Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El 10 de diciembre de 1984. En resolución 39/46. Los Convenios de Ginebra de 1949 (incluido los cuatro convenios y los dos protocolos de 1977), y la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio. La convención contra la Tortura de 1988 trata principalmente el crimen de tortura pero también de otros tipos de tratos crueles, inhumanos o degradante. Esta Convención no solo hace referencia a las personas que han realizado la tortura sino también a los cómplices o personas que han participado de manera más directa en tales actos. La Convención señala que el Estado tiene la obligación de juzgar a las personas contra quienes se alega que han cometido tales crímenes o de extraditarles a un país donde podrían ser juzgadas. Dichos convenios, que también son llamados "las leyes de guerra", señalan cuando una persona puede estar sujeta a la jurisdicción universal por un delito de guerra. La Convención sobre el crimen del genocidio, a diferencia de los otros instrumentos mencionados, no hace referencia a la jurisdicción universal sino que declara que el delito será juzgado por el tribunal en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. La figura usada es por tanto diferente y no incluye ningún aspecto de jurisdicción universal. Sin embargo se considera que la obligación por parte de los Estados de sancionar dicho crimen forma parte del derecho consuetudinario. Cfr. RIEDMATTEN, Mathilde. *La jurisdicción universal: una breve introducción*. Consultado en: <<http://190.41.250.173/RIJ/BASES/PID/Lju.htm>>. [Consultado en septiembre de 2012].

¹⁰⁰⁸ *ibidem*

la ex Yugoslavia y Rwanda. Como resultado de este desarrollo la CPI también tendrá competencias para juzgar crímenes cometidos en conflictos no internacionales.

Una dificultad mayor la puede constituir el hecho, de que pocas veces la jurisdicción internacional se ha activado, y muy posiblemente, instancias de poder no llegarían a esta situación por tener la categoría de ser altos mandatarios –sobre todo sí se habla de representantes de las potencias mundiales–, por dicha circunstancia hay un interés insuficiente que se traduce en falta de voluntad jurídica y política para hacerlo efectivo y no pasar como un disfraz de la justicia aplicable para unos cuantos e invisible para otros. Sobre todo cuando se podría argumentar inmunidad diplomática en el supuesto que Jefes de Estados se vieran implicados.

Pero esta falencia puede ser suplida a través de la CPI, ya que el ER excluye la posibilidad de inmunidad diplomática en el supuesto de que se constituyan crímenes internacionales conforme lo establece el Estatuto. Así, la real o eventual ausencia de acción penal en las jurisdicciones internas del lugar de comisión del crimen y la necesaria exigencia de responsabilidad penal individual a autores que “han violado bienes jurídicos supranacionales –aunque también nacionales– hace obligada la intervención del Derecho penal internacional desde Tribunales Internacionales, y desde Tribunales Nacionales en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial universal o, en su caso, desde Tribunales Mixtos, híbridos o internacionalizados”.¹⁰⁰⁹

De esta forma se puede visibilizar como las instituciones jurídicas vigentes complementan y trabajan de manera coordinada con las jurisdicciones internas de los Estados, intentando trabajar armónicamente en la lucha contra la impunidad por graves trasgresiones a derechos que pretenden tener precisamente protección universal.

Por consiguiente, el Estado que ejercita la acción penal nacional con arreglo al título de la universalidad, se convierte en “delegado o representante

¹⁰⁰⁹OLLÉ SESÉ, Manuel. Op. Cit, p. 143.

de la comunidad internacional para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Por ello el principio de justicia universal encuentra su fundamento en la posición garante que ostenta cada Estado como parte de la comunidad internacional”.¹⁰¹⁰

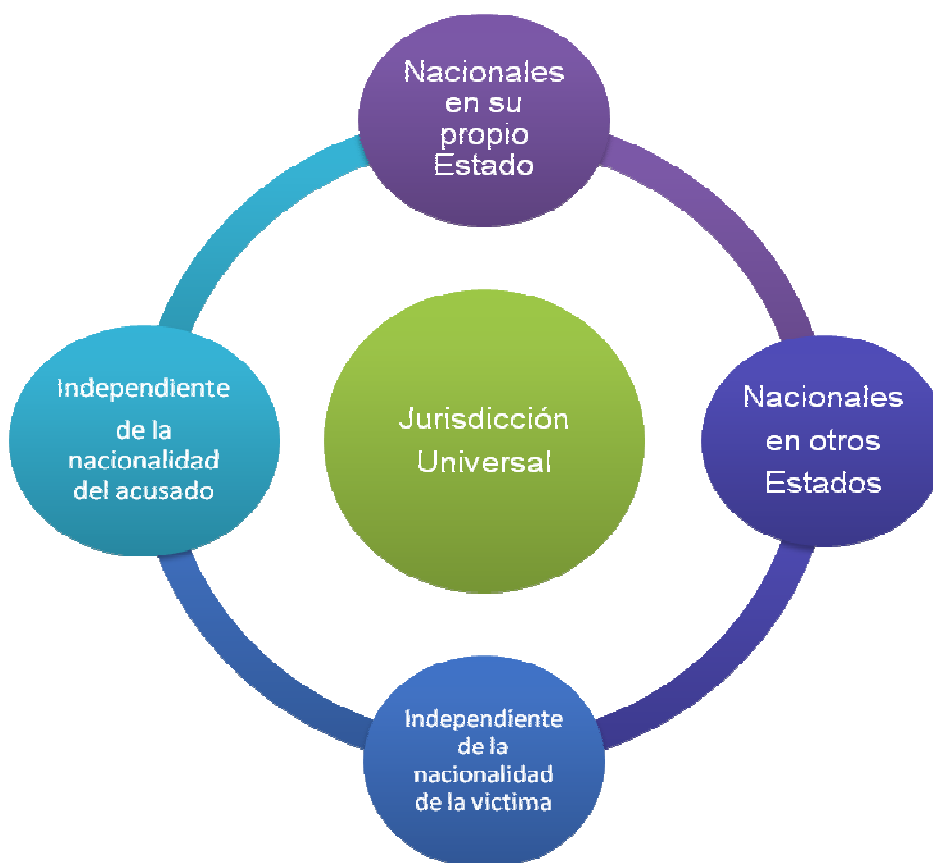


ILUSTRACIÓN No 13. JURISDICCIÓN UNIVERSAL EXTRATERRITORIAL*

Para poder aplicar la jurisdicción universal¹⁰¹¹ es importante que los Estados que incorporan los tratados internacionales directamente en su legislación nacional también adecúen su legislación en temas penales y procesales definiendo los crímenes y castigos, y estableciendo las instancias competentes en el tema, para poder aplicar el principio de jurisdicción universal sin dilaciones eventuales.

¹⁰¹⁰ Ibid, p. 258-259.

* El gráfico es propio.

¹⁰¹¹ DE RIEDMATTEN, Mathilde. Op. cit, p 2.

5.5. Constitución de la Corte Penal Internacional

Con el precedente de los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio, constituidos tras la II Guerra Mundial, y después de la creación de los tribunales *ad hoc*, para la antigua Yugoslavia y Rwanda, se adoptó en julio de 1998 el Estatuto de Roma, con el que nace la Corte Penal Internacional, primera institución judicial penal internacional diseñada para funcionar de modo permanente,¹⁰¹² en relación con crímenes cometidos en cualquier eventualidad, sean o no, cometidos en el contexto de conflictos armados, son básicamente crímenes que la doctrina ha denominado, delitos nucleares, (*core crimes*).¹⁰¹³ Ciertamente, la Corte Penal Internacional constituye un hito decisivo, en la consolidación del derecho penal internacional al entrar en vigor el 1 de julio del 2002.

La necesidad de lograr un consenso que permitiera la adopción de un texto que fuese aceptable para todos los Estados, pero que a la vez reflejase las condiciones mínimas necesarias para el cabal funcionamiento del órgano que se estaba gestando, dieron como resultado el documento final del ER, que muchos autores han considerado como perfectible y hasta un poco débil.¹⁰¹⁴ Fue el producto de intensas negociaciones en las cuales la diversidad de criterios, sistemas jurídicos, realidades culturales, sociales y religiosas dificultaron su conclusión.

El Estatuto aunque siendo un texto imperfecto como la mayoría de los tratados negociados bajo diversas prioridades y presiones políticas, es una oportunidad sin precedentes para prevenir y castigar a los peores criminales y eliminar la impunidad producto de los interminables ciclos de violencia en muchos países.¹⁰¹⁵

¹⁰¹²SANCHEZ LEGIDO, Ángel. Op. Cit. p. 304.

¹⁰¹³AMBOS, Kai. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Op. Cit, p. 52.

¹⁰¹⁴BETANCOURT, Milagros. *La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*. Héctor Olásolo y Alonso Cuenca Curbelo, (Coords). En *Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 356.

¹⁰¹⁵Ibid, p. 356.

Así concebida la Corte Penal Internacional se puede caracterizar por ser una Organización internacional de carácter judicial, producto de un tratado, con personería jurídica propia, con vocación de universalidad, que regulará como ya se mencionó, crímenes específicos originados durante o, fuera de un conflicto armado.

En suma, puede decirse, que la trayectoria histórica enunciada en apartados anteriores, es la que ha permitido el cambio en la concepción de soberanía de los Estados y la vinculación de la persona humana como sujeto de derecho internacional, pues como se expresó en el Tribunal de Núremberg,¹⁰¹⁶ *"Los delitos contra el derecho internacional son cometidos por hombres, y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional"*.

5.5.1. Competencia, composición y finalidad

En el desarrollo de sus funciones, según lo establecido en el artículo 34 del ER la CPI está compuesta por 18 magistrados y cuatro órganos principales: a) la Presidencia, b) una Sección de Apelaciones, una sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares; c) la Fiscalía; y d) la Secretaría. La CPI tiene competencia respecto de los crímenes ¹⁰¹⁷ más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto –el genocidio,¹⁰¹⁸ los crímenes de lesa humanidad¹⁰¹⁹ y los crímenes de guerra–¹⁰²⁰ cometidos

¹⁰¹⁶ PRIETO SANJUÁN, Rafael A. Op cit; p. 31.

¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁸ Art 6 del ER. Se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁰¹⁹ Art 7 ER. 1. A los efectos del Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución

después del 1 de julio de 2002. Cada uno de dichos crímenes está claramente definido en el Estatuto de Roma y otros textos conexos, vale decir entre ellos, los IV Convenios de Ginebra que regulan el derecho internacional humanitario¹⁰²¹ o el derecho de la guerra.

La Corte también tendrá competencia respecto del crimen de agresión, que aunque ya cuenta con regulación producto de la Conferencia de revisión del ER en Kampala (Uganda), aún su aplicación está supedita como se mostrará más adelante, hasta el 2017, fecha establecida para poder activarlo si las circunstancias no varían. De esta manera, la Corte sólo puede ejercer competencia respecto de dichos crímenes internacionales cuando han sido cometidos en el territorio de un Estado Parte del ER o por uno de sus nacionales. Sin embargo, esas condiciones no se aplican en caso de que una situación sea remitida al Fiscal de la CPI, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CdS), cuyas resoluciones son vinculantes para todos los Estados Miembros de la ONU, o en caso que un Estado formule una declaración aceptando la competencia de la Corte.

Dentro de las particularidades del Estatuto de Roma (ER), se puede destacar que el cargo oficial de una persona como Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le exime de enjuiciamiento ni de responsabilidad penal. Los superiores o jefes militares son penalmente responsables como cualquier persona, por los crímenes de competencia de La

forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁰²⁰ El ER, entiende por "crímenes de guerra": las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (...).

¹⁰²¹ MOREILLON, Jacques. "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos". José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.). *En el derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 19-20.

CPI cometidos por personas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad. Sin embargo, la CPI no puede enjuiciar a personas que fueran menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen, por ser contrario a tratados internacionales ya ratificados, como lo es Convención de los derechos del Niño de 1989, que es el tratado que regula la protección especial a quienes gocen de tal categoría.

En cuanto al crimen de agresión,¹⁰²² este no conto desde sus inicios con una consagración normativa, por lo que estaba pendiente de definición, después de intensos debates sólo hasta el 11 de junio del mismo año, se logra un acuerdo, producto de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala, Uganda. En esta conferencia los Estados Partes de la CPI, Estados observadores, organizaciones internacionales, ONGs y otros participantes discutieron las enmiendas propuestas al Estatuto de Roma y evaluaron el impacto que ha tenido hasta la fecha, convirtiendo la Conferencia en una pieza fundamental en la evolución del sistema de Roma.¹⁰²³

Las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la Corte no podrá ejercitar su jurisdicción sobre “el crimen de agresión hasta el 1º de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción. Tal retraso como expresa REISINGER, “es lamentable, pero limitado por un lapso aceptable. Cualquier solución para adoptar la definición y aplazar las deliberaciones relativas a las condiciones (o parte de ellas) habría supuesto la amenaza potencial de negociaciones infinitas”.¹⁰²⁴

El Artículo 8 bis adoptado en Kampala definió el crimen de agresión individual como: “la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición de liderazgo”. Ello implica el requerimiento mínimo de que éste constituya una violación manifiesta a la

¹⁰²²La primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) se llevó a cabo en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010.

¹⁰²³Coalición por la Corte Penal Internacional. Cumpliendo con la promesa de una Corte efectiva, justa e independiente. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. [En línea] <<http://www.iccnw.org/?mod=review&lang=es>>. [Fecha de consulta, agosto de 2012].

¹⁰²⁴REISINGER CORACINI, Astrid. ¿Qué fue realmente acordado en Kampala sobre el crimen de Agresión?. [En línea]. <<http://leypenalinternacional.blogspot.com.es/2010/07/que-fue-realmente-acordado-en-kampala.html>>. [Fecha de consulta septiembre 21 de 2012].

Carta de las Naciones Unidas. Por otro lado, un acto de agresión está definido como el uso de las fuerzas armadas por parte de un Estado contra otro sin justificación de defensa propia o autorización por parte del Consejo de Seguridad. La definición de acto de agresión, así como de las acciones que califican como actos de agresión, establecida en las enmiendas (como la invasión a través de las fuerzas armadas, bombardeos o bloqueos) se derivó de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1974. En términos generales el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro Estado sin que sea justificado por el principio de legítima defensa o sin que sea autorizado por el CdS constituye acto de agresión. Pero vale advertir como menciona GLORIA FERNÁNDEZ A, que:

el citado articulado realiza una diferencia entre crimen y acto de agresión, de tal modo que para que una persona sea responsable de un crimen de agresión es necesario que la persona planifique, prepare, inicie o realice un acto de agresión. Así sería definido como un crimen de liderazgo puesto que solo puede realizarlo aquella persona que esté en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la actuación política o militar de un Estado.¹⁰²⁵

A diferencia de los otros crímenes del Estatuto, los artículos 15 bis y 15 ter establecen un régimen jurisdiccional único que determinan cuándo el Fiscal de la CPI es capaz de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión. Y a diferencia de lo que sucede para las remisiones del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el artículo 15 bis, el Fiscal sólo podrá iniciar una investigación sobre un caso por crimen de agresión de oficio (*motu proprio*) o basada en la remisión de un Estado:

- a. Luego de confirmar si el Consejo de Seguridad ha realizado una determinación sobre la existencia de un acto de agresión (de acuerdo con el artículo 39 de la Carta de la ONU) y esperar un período de 6 meses;
- b. si la situación implica un acto de agresión que fue cometido entre

¹⁰²⁵FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria. “El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión ¿fin a la impunidad por el uso ilegal de la fuerza?” María da Assunção Vale Pereira y otros (Coords.). En *Conflictos armados, gestión postconflicto y reconstrucción*. Santiago de Compostela: Andavira Editores, 2011, p.627.

Estados Partes; y

- c. luego de que la División de Cuestiones Preliminares de la Corte haya autorizado el inicio de la investigación.

El artículo 15 bis también establece que los Estados Partes pueden decidir no estar sujetos a la jurisdicción de la Corte de acuerdo con el artículo presentando una declaración al Secretario de la Corte renunciando a dicha jurisdicción. Esta declaración puede realizarse en cualquier momento y deberá ser revisada por el Estado Parte dentro de tres años. Este artículo excluye a los Estados que no son parte de la jurisdicción de la Corte en relación con los crímenes de agresión cuando estos hayan sido cometidos por ciudadanos de dicho Estado o dentro de su territorio.

En definitiva, aunque ciertamente es muy lamentable el retraso establecido para su vigencia hasta el 2017 y sujeta a posibles cambios, la Resolución¹⁰²⁶ confirma varios principios importantes del Estatuto de la CPI y en este sentido es claramente superior a las expectativas de muchos en cuanto a lo que podría lograrse en Kampala. Todos los mecanismos de activación previstos en el Estatuto se aplican al crimen de agresión. Igualmente, la independencia¹⁰²⁷ de la Corte y sus órganos se garantiza, no sólo con respecto al establecimiento de la responsabilidad penal individual, sino también con vista a la determinación de un acto de agresión por un Estado. La responsabilidad para hacer frente a deficiencias en el contexto de las remisiones de un Estado parte y las investigaciones *de oficio* corresponden ahora a los Estados Parte.

¹⁰²⁶REISINGER CORACINI, Astrid. Op. Cit. 4.

¹⁰²⁷ibidem

ILUSTRACIÓN No 14. CORTE PENAL INTERNACIONAL *

Competencia <i>ratione loci, o en razón al lugar</i>	Competencia <i>ratione personae, o en razón a la persona</i>	Competencia <i>ratione materiae, o en razón a la materia</i>	Competencia <i>ratione temporis, o en razón al tiempo</i>
Operará para todos los Estados Partes del ER donde se cometan los crímenes, y para aquellos que sin ser parte le atribuyan competencia contenciosa a la Corte.	Podrían activar el funcionamiento de la Corte Penal Internacional El Consejo de Seguridad, un Estado miembro del ER, o el Fiscal. Según el Art. 25 de dicho instrumento internacional, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales, excepto, de conformidad con el art 26, los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.	De conformidad con el Art 5 del ER, son crímenes de competencia de la Corte Penal, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: El crimen de genocidio; Los crímenes de lesa humanidad; Los crímenes de guerra; El crimen de agresión.	Según el art 11, La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. Pero si un Estado se hace parte después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12, y le atribuya competencia a la Corte sin ser parte del Estatuto.

En cuanto a su finalidad, La CPI debe complementar los sistemas nacionales de justicia penal, no reemplazarlos, pues el derecho internacional siempre debe operar de manera subsidiaria. Solo puede enjuiciar cuando los sistemas nacionales de justicia no entablan procedimientos o alegan que lo han hecho pero no están dispuestos a llevar a cabo tales procedimientos o no pueden realmente hacerlo. Este principio fundamental se conoce como principio de complementariedad. La encargada de hacer las investigaciones es la Fiscalía de la Corte, pues quien haga sus veces puede iniciar una investigación o un enjuiciamiento de tres maneras, a saber:

* El cuadro es de autoría propia.

- a. Los Estados Partes en el Estatuto de la CPI pueden remitir situaciones al Fiscal.
- b. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede pedir al Fiscal que inicie una investigación.
- c. El Fiscal puede, de oficio, iniciar investigaciones sobre la base de la información que reciba de fuentes fidedignas. En tal caso, el Fiscal debe solicitar la autorización previa de una Sala de Cuestiones Preliminares integrada por tres magistrados independientes.

Los 18 magistrados, incluidos los tres magistrados que integran la Presidencia, son asignados a las tres secciones judiciales de la Corte: la Sección de Cuestiones Preliminares (integrada por siete magistrados), la Sección de Primera Instancia (integrada por seis magistrados) y la Sección de Apelaciones (integrada por cinco magistrados).

Los magistrados aseguran la imparcialidad de los procedimientos y la correcta administración de justicia. Las Salas de Cuestiones Preliminares, cada una de las cuales está integrada por uno o tres magistrados, deciden acerca de todas las cuestiones que se plantean antes de que se inicie la etapa del juicio. Su función consiste esencialmente en controlar la forma en que el Fiscal desempeña sus actividades de investigación y el ejercicio de la acción penal, garantizar los derechos de los sospechosos, las víctimas y los testigos durante la etapa de investigación, y velar por la integridad del procedimiento.

Las Salas de Cuestiones Preliminares decide las órdenes de detención o de comparecencia solicitadas por el Fiscal y de la confirmación de los cargos contra las personas que se sospecha que han cometido un crimen. También pueden decidir sobre la admisibilidad de situaciones y casos, y sobre la participación de las víctimas en la etapa previa al juicio.

Una vez que se ha expedido una orden de detención, el presunto autor ha sido detenido y la Sala de Cuestiones Preliminares ha confirmado los cargos, la Presidencia constituye una Sala de Primera Instancia, integrada por tres magistrados, para juzgar el caso. Velando por que los juicios sean justos y expeditos, y se sustancien con pleno respeto de los derechos del acusado, teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos. También decide sobre la participación de las víctimas en el juicio.

La Sala de Primera Instancia determina si un acusado es inocente o culpable de los cargos y, si se pronuncia por la culpabilidad, puede imponer una pena de reclusión por un término máximo de treinta años o la cadena perpetua. También se pueden imponer penas pecuniarias. También puede ordenar que un condenado repare los perjuicios sufridos por las víctimas, lo que puede consistir en medidas de indemnización, restitución o rehabilitación.

En Cuanto a la Fiscalía, es un órgano independiente de la Corte. Su mandato consiste en recibir y analizar la información que se le remita referente a situaciones o presuntos crímenes de competencia de la CPI, analizar las situaciones que se le remitan a fin de determinar si hay un fundamento razonable para iniciar una investigación respecto de un crimen de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra o de un crimen de agresión, y hacer comparecer ante la Corte a los autores de tales crímenes.

Para cumplir su mandato, la Fiscalía cuenta con tres divisiones: i) la División de Investigaciones está encargada de la realización de investigaciones (lo que comprende reunir y examinar pruebas e interrogar a las personas objeto de investigación, así como a las víctimas y a los testigos). A este respecto, el Estatuto exige que la Fiscalía investigue por igual tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes, a fin de establecer la veracidad de los hechos. ii) La División de Procesamiento participa en el proceso de investigación, pero su responsabilidad principal es la conducción de los procedimientos ante las distintas Salas de la Corte. iii) La División de Competencia, Complementariedad y Cooperación, con apoyo de la División de

Investigaciones, evalúa la información recibida y las situaciones remitidas a la Corte, analiza las situaciones y los casos a fin de determinar su admisibilidad y contribuye a la obtención de la cooperación necesaria para las actividades de la Fiscalía.

A finales del 2003 y comienzos del 2004, el Fiscal recibió la solicitud de dos países africanos, la República Democrática del Congo (RDC) y Uganda, para investigar posibles violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario en el contexto de violencia sistemática que vienen atravesando hace varios años. En el caso de la RDC la situación del país se tornaba desbordantemente conflictiva desde 1998, cuando se dio inicio a una guerra civil con la intervención de Estados vecinos. Hasta 2004 casi “cuatro millones de personas murieron, según estimaciones de la organización Internacional Rescue Committee, como consecuencia directa o indirecta del conflicto armado, el más sangriento desde el fin de la Segunda Guerra Mundial”.¹⁰²⁸

En ambos casos las iniciativas surgieron por los máximos representantes de los gobiernos, ante la manifestación del Fiscal¹⁰²⁹ Luis Moreno en un informe dirigido a la Segunda Asamblea de Estados Partes del ER, donde expresó:

Sí es necesario, sin embargo, estoy preparado para solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación bajo mis poderes *motu proprio*. En esa eventualidad, y a la luz de las circunstancias actuales en el lugar, la protección de las víctimas, obtención de pruebas y detención de sospechosos serán extremadamente difíciles sin un fuerte apoyo de las fuerzas nacionales e internacionales.¹⁰³⁰

¹⁰²⁸ FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional: Soberanía versus justicia Universal*. Bogotá: Temis, 2008, p. 149.

¹⁰²⁹ En los trabajos preparatorios del ER se puede observar que se tenía como objetivo a través de la declaración mediante el artículo 12(3) que el Fiscal pudiese investigar sin que el Estado que ha aceptado el ejercicio de la competencia pueda manifestar posteriormente la incompetencia de la CPI en dicha investigación, generando así certeza jurídica. LEE, Roy S. *The international criminal Court. Elements of crime and rules of procedure and evidence*. Roy Lee, Hakan Friman. (ed.), Transnational publisher incorporated, 2001, p. 227.

¹⁰³⁰ FERNANDES, Jean Marcel. Op. Cit. 148-149.

Aunque el representante de Uganda también hizo remisión de la situación al Fiscal, el escenario era asumido por un gobierno autoritario pues su máximo representante Yoweri Museveni llegó al poder por un golpe de Estado, lo cual desencadenó un enfrentamiento con grupos guerrilleros que estaban en contra del poder central. Según informes recibidos por la fiscalía de la CPI, el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) reclutó combatientes muchos de los cuales eran niños entre los 11 y 15 años de edad, los cuales sufrían toda clase de abusos y esto podría ser analizado bajo los crímenes de competencia de la Corte, en el contexto de un conflicto armado, imputándose muy posiblemente por crímenes de guerra.

La tercera situación remitida al Fiscal fue presentada por la República Centroafricana en enero del 2005. La Fiscalía abrió una investigación en mayo de 2007. En marzo de 2005 el Consejo de Seguridad hizo también lo propio con la situación en Darfur. Asimismo, Costa de Marfil remitió su situación al Fiscal. De estas cinco situaciones, existen actualmente investigaciones formales para Darfur,¹⁰³¹ Uganda (remitida en diciembre de 2003 y se abrió por la Fiscalía investigación en julio de 2004), República Democrática del Congo, (allegada en abril de 2004 y se abrió investigación en junio del mismo año).¹⁰³²

¹⁰³¹Después de la adopción de la resolución 1593, la violencia de Darfur ha continuado y el sufrimiento de la población de Darfur, incluidos millones de desplazamientos internos, ha empeorado. Existen además, reportes preocupantes sobre la expansión de la violencia a Chad y la República Centro Africana [...] la Fiscalía no puede investigar todos los miles de incidentes criminales reportados y perseguir a todos los presuntos responsables por los crímenes en Darfur. Por lo tanto, se ha centrado en los incidentes de mayor gravedad y en los individuos con mayor responsabilidad en dichos incidentes. Siguiendo un análisis del universo de crímenes que presuntamente se han cometido en Darfur, la [Fiscalía] se ha centrado en recolectar evidencia con respecto a una serie de incidentes entre 2003 y 2004, durante el periodo y en la localidad en la cual se han registrado el mayor número de crímenes. Cfr. MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. Et al. *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. Berlín: Konrad Adenauer, 2009, p. 58.

¹⁰³²Análisis preliminar: la Fiscalía está examinando situaciones ocurridas en el Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Georgia, Guinea, Palestina, Honduras, Nigeria y la República de Corea. Órdenes de detención: se han dictado 15 órdenes de detención, retirándose una de ellas tras el fallecimiento de un sospechoso. Órdenes de comparecencia: se han dictado tres órdenes de comparecencia respecto de Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus. En detención: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Callixte Mbarushimana, en relación con la situación en la República Democrática del Congo; Jean-Pierre Bemba Gombo en relación con la situación en la República Centroafricana. Para mayor información sobre la actualidad de la Corte Penal Internacional, visítase el sitio web: <http://www.icc-cpi.int/>

Estas remisiones hechas al Fiscal¹⁰³³ son de suma importancia para la Corte porque se prescinde de posibles objeciones que los Estados hubiesen podido hacer frente a la competencia de la CPI, basados en argumentos de cosa juzgada, complementariedad y aplicación de recursos internos. De las mencionadas, pese a que La República Democrática del Congo es parte del Estatuto de Roma desde el 11 de abril del 2002 , y el gobierno decidió remitir denuncia ante el Fiscal de la Corte, para que investigase sí desde la entrada en vigencia del Estatuto, se habían cometido crímenes internacionales en el territorio de este Estado, en junio del 2004 el fiscal decidió iniciar formalmente la primera investigación de la CPI y actualmente ya se tiene un fallo al respecto como se expondrá más adelante.

No sobra advertir que, a la fecha del 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI autorizó al Fiscal de la Corte a abrir una investigación por iniciativa propia sobre la situación en la República de Kenia, en relación con crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Kenia entre el 1 de junio de 2005 y el 26 de noviembre de 2009¹⁰³⁴. En aplicación del art. 15 (4) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que había un “fundamento suficiente para abrir una investigación”, tras determinar que (i) los crímenes alegados por el Fiscal eran de la competencia de la Corte, (ii) la situación era admisible, y (iii) la apertura de una investigación sobre dichos crímenes no sería contraria al interés de la justicia. Ésta ha sido la primera, y al tiempo de escribir estas líneas la única decisión de la CPI autorizando al Fiscal a comenzar una investigación.¹⁰³⁵ Como tal, la decisión es notable en muchos aspectos.

¹⁰³³El Estatuto de Roma determina que la apertura de investigaciones sobre la base de tales remisiones no requiere una autorización judicial previa sino únicamente un examen previo por parte del Fiscal. Artículo 15 en concordancia con Artículo 13 (a) y (b).

¹⁰³⁴ Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

¹⁰³⁵OLÁSULO ALONSO, Héctor. ROJO Enrique Carnero. *Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia*. En *Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional*. Héctor Olásulo, Alonso Salvador Cuenca (Coords.), Valencia: Tirant lo Blanch 2012, p. 51.

Pero más recientemente, el 7 de marzo de 2014, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional (CPI) emitió su fallo, por mayoría en el *Caso El Fiscal c. Germain Katanga*. La Sala está convencida más allá de toda duda razonable de la culpabilidad de Germain Katanga como cómplice en el sentido del artículo 25 -3-D del ER, en la comisión de un crimen contra la humanidad (asesinato) y cuatro crímenes de guerra (asesinatos, ataques contra la población civil, destrucción de bienes y pillaje) cometidos el 24 de febrero de 2003, durante el ataque contra la aldea de Bogoro, ubicada en Ituri, en la República Democrática del Congo (RDC).¹⁰³⁶

5.5.2. Primer caso fallado por la Corte Penal Internacional

En marzo del 2006 la Sala de Cuestiones Preliminares emitió la primera orden de detención contra Thomas Lubanga Dyilo, líder de la Unión de Patriotas Congoleños, quien fue arrestado en Kinshasa (Capital de la República Democrática del Congo) el 17 de marzo de 2006 y trasladado a La Haya, a La prisión de Scheveningen.

Los crímenes que se le imputaron a Lubanga están enumerados como crímenes de guerra, de acuerdo con los artículos 8(2)(b)(xxvi) o 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma de la CPI.¹⁰³⁷ Por ello, el 29 de enero de 2007, la Sala de

¹⁰³⁶La Sala concluyó que el Sr. Katanga fue el intermediario entre los proveedores de armas y municiones y los autores materiales de los crímenes haciendo uso de estas armas en Bogoro. Él ayudó a construir la capacidad de los accesos a la milicia Ngitis originalmente crímenes cometidos en Bogoro el 24 de febrero de 2003. También contribuyó, a través de su posición en Aveba, única localidad de la comunidad con un aeropuerto capaz de recibir aviones de porte de armas para equipar a la milicia y para permitir su funcionamiento organizado y eficiente. Su intervención permitió que la milicia se beneficiase de los recursos logísticos no disponibles que le permitieron asegurar su superioridad militar sobre su oponente. Sin embargo, la Cámara rechazó el modo de la responsabilidad de Germain Katanga como director, ya que no se ha demostrado más allá de toda duda razonable que tenía a nivel comunitario, la capacidad material para dar órdenes y velar por su aplicación o que él tenía el poder de imponer sanciones disciplinarias comandantes de los diversos campos. Cfr. Colegio de Abogados Penal internacional (CAPI). Germain Katanga fue declarado culpable de cuatro cargos de crímenes de guerra y un cargo de crímenes contra la humanidad cometidos en Ituri, República Democrática del Congo. [En línea]. <http://www.bpi-icb.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=79&Itemid=99&lang=es#sthash.LNnoPysa.dpuf>. [Consultado 24 de marzo de 2014].

¹⁰³⁷Toda la información aquí referida puede ser consultada directamente en el sitio web de la CPI.<<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/>>. [Fecha de consulta junio 21 de 2012].

Cuestiones Preliminares (I) confirmó los cargos en contra de Thomas Lubanga, llevando este caso a juicio. Expresamente se pronunció como se cita:

Having found that there are reasonable grounds to believe that, during the relevant period members of the FPLC repeatedly used children under the age of fifteen to participate actively in hostilities in Libi and Mbau in octubre 2002, in largu at the beginning of 2003. In Lipri and Bongoro in February and March de 2003, in Bunia in May and in djugu in Mongwalu june 2003.¹⁰³⁸

Al ponerse en marcha la causa en cuestión, se puede decir que la primera y mayor sorpresa durante el proceso, se generó el día 2 de julio de 2008, pues la Sala de Primera Instancia resolvió dejar en libertad a Thomas Lubanga, por considerar que no estaban dadas las garantías de un debido proceso. Decisión que fue muy polémica en todo el medio internacional, hasta las misma víctimas y personas que habían cooperado temieron un retroceso notable si tal decisión llegaba a ser efectiva.

Por otro lado la resolución fue interpretada como “una muestra de independencia y probidad (fairness) de los jueces, cuestión fundamental para que la Corte siga teniendo apoyo de la comunidad internacional. Hubo entonces quienes optaron por criticar no a la Corte, sino a las fuentes que no permitían la desclasificación de las pruebas para la Defensa, sobre todo en el caso de las pruebas obtenidas a través de la cooperación con las Naciones Unidas”.¹⁰³⁹

Ésta era realmente la dificultad, pues la defensa exigía conocimiento de documentos que solo estaban en poder de la Fiscalía¹⁰⁴⁰ y aquellos que habían

¹⁰³⁸ Vid. International Criminal Court. Petrial-Chamber I. [Online] <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191959.PDF>, 10 february 2006, p 3. [Consultado agosto de 2012].

¹⁰³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. CÁRDENAS, Claudia. “*La Corte Penal Internacional: abriendo caminos*”. Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2012, p, 99. Disponible en: <www.anuariocdh.uchile.cl>. [Consultado en junio 7 de 2012]. Lo anterior, porque si las evidencias se han obtenido bajo reserva de confidencialidad, sólo pueden desclasificarse previo acuerdo con la fuente. En este caso estaban en juego más de 100 piezas de documentación obtenidas con la colaboración de Naciones Unidas, que a través de una carta fechada el 20 de junio de 2008 sólo autorizaba a los jueces a revisar los documentos, en dependencias de Naciones Unidas, sin posibilidad de sacar copias o tomar notas, entre otras restricciones.

¹⁰⁴⁰ Apelación presentada por el Fiscal con arreglo a la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 2 de julio de 2008 titulada “Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía de autorización para apelar de la Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la

sido posibilitados a través de la ONU, demandaban por parte de la organización que fuesen de conocimiento único y exclusivo del Fiscal pues se requería confidencialidad. Al respecto la sala de Apelaciones estableció que:

Si el Fiscal ha obtenido materiales potencialmente eximentes con la condición de respetar su carácter confidencial prevista en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 del Estatuto, la evaluación final acerca de si los materiales que el Fiscal tiene en su poder o bajo su control tendrían que ser divulgados con arreglo al párrafo 2 del artículo 67 del Estatuto, si no hubiesen sido obtenidos con la condición de respetar su carácter confidencial, tendrá que ser llevada a cabo por la Sala de Primera Instancia y, por consiguiente, la Sala debe recibir los materiales. La Sala de Primera Instancia (así como cualquier otra Sala de esta Corte, incluida la presente Sala de Apelaciones) tendrá que respetar el acuerdo de confidencialidad y no podrá ordenar la divulgación de los materiales a la Defensa sin el previo consentimiento del proveedor de la información.¹⁰⁴¹

Como era de esperar, las partes apelaron.¹⁰⁴² El 21 de octubre de 2008, la Sala de Apelaciones de CPI rechazó la apelación presentada por el Fiscal Luis Moreno Ocampo¹⁰⁴³ de retomar el juicio en contra Thomas Lubanga. Las consideraciones de la sala estuvieron basadas en el desarrollo de un debido proceso legal y justo, consideraciones que llevaron a expresar que:

Quando las violaciones de los derechos del acusado son de tal índole que le impiden articular su defensa en el marco de sus derechos, no se puede celebrar un juicio justo y se puede sobreseer la causa. Citando una expresión de la decisión del Tribunal de Apelación inglés

solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado”. Cfr. ICC-01/04-01/06-1417. Contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 13 de junio de 2008 titulada “Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008”. Vid. ICC-01/04-01/06-1401.

¹⁰⁴¹ Corte Penal Internacional. Sala de Apelaciones. Situación en la República Democrática del Congo. Sentencia de octubre 21 de 2008. Párr 3. Consultado el 21 de julio de 2012. Disponible en: <<http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc629501.pdf>>.

¹⁰⁴² ETCHEBERRY, Alfredo. CÁRDENAS, Claudia. Op cit, p. 99. Desde el punto de vista jurídico, fueron dos principalmente las disposiciones en conflicto. Por una parte, el artículo 54 párrafo 3 e) ECPI faculta al Fiscal para llegar a acuerdos para mantener reserva durante todo el procedimiento de documentos o información obtenidos bajo reserva de confidencialidad, y sólo con el propósito de obtener nueva evidencia. Dicha confidencialidad sólo puede ser alzada si el proveedor de la información consiente en ello. Por otra, el artículo 67 párrafo 2 ECPI señala que el Fiscal deberá, tan pronto como le sea posible, desclasificar para la defensa toda evidencia exculpatoria que se encuentre a su disposición, así como la que pueda contener información que sirva para alegar una mitigación de la responsabilidad penal o pueda afectar la credibilidad de la evidencia de la Fiscalía.

¹⁰⁴³ Como primer motivo de apelación, el Fiscal afirma que la Sala de Primera Instancia incurrió en error de derecho en su interpretación de la naturaleza y el alcance del apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 del Estatuto. Como segundo motivo de apelación, el Fiscal afirma que la Sala de Primera Instancia incurrió en error en la caracterización de su conducta en relación con dicho artículo. Habida cuenta de que ambos motivos de apelación están estrechamente relacionados, la Sala de Apelaciones los considerará conjuntamente.

en el caso Huang c. Secretario de Estado, es deber de un tribunal “velar por la protección de los derechos fundamentales de la persona, lo cual es el dominio específico de los tribunales [...]”. La injusticia en el trato del sospechoso o el acusado puede perturbar el proceso hasta el punto de que sea imposible reunir los elementos constitutivos de un juicio justo. En tales circunstancias, la necesidad de mantener la eficacia del proceso judicial como poderoso agente de justicia supera con creces el interés de la comunidad mundial en juzgar a las personas acusadas de los crímenes contra la humanidad más odiosos, por muy grande que aquél sea.¹⁰⁴⁴

Era necesario tener en cuenta estos factores, pues a la fecha en que se dispuso el sobreseimiento en la causa, el acusado había estado detenido por orden de la Corte durante casi 2 años y 3 meses y había estado sujeto a la imputación de cargos durante un tiempo considerable. Por tanto, un juicio justo era el único medio de hacer justicia. Y si no se podía celebrar un juicio justo, el objeto del proceso judicial quedaba frustrado, razón por la cual el proceso debería interrumpirse según lo expreso por la Sala de Apelaciones¹⁰⁴⁵. De esta manera, si la Sala de Primera Instancia había de embarcarse en el juicio del acusado, tendría que hacerlo con el conocimiento de que se había violado el derecho del acusado a preparar su defensa y de que se habían retenido pruebas que respaldaban la inocencia del acusado, con previsibles consecuencias para la seguridad del veredicto de la Corte.¹⁰⁴⁶ Sin embargo, los magistrados fallaron a favor de la apelación del fiscal rechazando la liberación del acusado a pesar de la suspensión del proceso. La Sala I de Apelaciones¹⁰⁴⁷ dictó dos resoluciones:

En la primera, se deniega la solicitud del Fiscal de dar curso inmediato al juicio oral, mientras que en la segunda, referida a la liberación de Lubanga, los Magistrados de la Sala de Apelaciones decidieron reenviar el asunto de su liberación a la Sala de Primera Instancia para una nueva determinación tomando en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo la

¹⁰⁴⁴ETCHEBERRY, Alfredo. CÁRDENAS, Claudia. Op cit, p. 99.

¹⁰⁴⁵Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I. “Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008”. Vid. Corte Penal Internacional. No.: ICC-01/04-01/06 OA 13, 21 de octubre de 2008, parr 50. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc629501.pdf>>.

¹⁰⁴⁶Ibid. párr. 46.

¹⁰⁴⁷Integrada por: Magistrado Sang-Hyun Song, Magistrado presidente, Magistrado Philippe Kirsch Magistrado Georghios M. Pikis, Magistrado Erkki Kourula, Magistrado Daniel David Ntanda Nsereko.

necesidad de mantenerlo en detención de conformidad con las condiciones previstas en el Estatuto de Roma.¹⁰⁴⁸

Para el mes de noviembre del año 2009, la Sala de Primera Instancia (I) decidió que el Sr. Lubanga no gozaría del derecho a tener libertad provisional durante la celebración del juicio. Así, el 8 de diciembre del mismo año, la Sala de Apelaciones de la CPI revocó la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la nueva tipificación de los hechos en el caso. Y posteriormente el 7 de enero de 2010, el juicio se reanudó.

Finalmente, el 14 de marzo de 2012, el Sr. Lubanga Dyilo fue declarado culpable como co-autor de cometer crímenes guerra, que consiste en: alistar y reclutar niños menores de 15 años en la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo [Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo] (FPLC) y su utilización para participar activamente en las hostilidades en el contexto de un conflicto armado que no sea de carácter internacional desde septiembre 1, 2002 hasta agosto 13, 2003 (punible con arreglo al artículo 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de Roma).¹⁰⁴⁹ Cuestión que fue demostrada por la Fiscalía más allá de toda duda razonable.

Aún las dificultades urgidas del proceso, se llegó a un fallo con criterios de justicia, marcando precedente sobre lo que puede llegar a ser la Corte Penal Internacional en el futuro. Sobre todo en la idea, de que todos los implicados, por más graves que sean los delitos a imputar, también tendrán derecho a un debido proceso justo y sin dilaciones injustificadas, acorde a las formas propias de cada juicio. En lo cual ha quedado claro un actuar independiente de los jueces respecto de la labor de la Fiscalía, y eso es importante para contar con decisiones imparciales fundadas en derecho, posiciones que han sido garantistas y respetuosa de los derechos humanos del procesado.

¹⁰⁴⁸Crf. <<http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga&lang=es>>.

¹⁰⁴⁹ La sentencia fue dictada por la Sala I, integrada por el juez Adrian Fulford (Reino Unido), como presidente del tribunal, la jueza Elizabeth Odio Benito (Costa Rica) y el Magistrado René Blattmann (Bolivia). Aunque los dos primeros jueces han escrito opiniones separadas y disidentes en algunos temas, el veredicto fue unánime. El 10 de julio de 2012, la Sala I condenó a Thomas Lubanga Dyilo a un período total de 14 años de prisión. El tiempo que pasó bajo custodia de la CPI se deducirá de esta sentencia total. Él está detenido, por el momento, en el Centro de Detención de La Haya.

Así pues, actualmente también puede decirse que es una fortaleza que a la fecha, 121 países son Estados Partes en el E.R. de ellos 33 son los Estados africanos, 18 son de Asia y el Pacífico, 18 son de Europa del Este, 27 son de América Latina y el Caribe, y 25 son de Estados de Europa occidental y otros Estados. En general la CPI, según lo que se desprende de los art 2 y 4 del ER, es una institución con personalidad jurídica propia, lo que la convierte en un Tribunal independiente de cualquier otra organización u organismo internacional, ello hace que sea un ente completamente autónomo a la hora de resolver los casos en cuestión, además vale aclarar que tiene un presupuesto propio (art 114-115 ER), el cual se integra conforme al aporte que hagan los Estados signatarios del ER.

Con toda esta estructura, la CPI apuesta por un sistema de jurisdicción penal internacional que complemente más no remplace a los sistemas nacionales, lo cual da fe de que los Estados están dispuestos cada vez más a “ceder” los elementos característicos de su soberanía.¹⁰⁵⁰

Es claro que en todos estos casos anteriores a la constitución de la CPI, los acusados no habían contado con Tribunales establecidos previamente al delito que se les imputó, todo lo cual se originó por resoluciones del Consejo de Seguridad, por ser el ente activo que reguló la creación de dichos Tribunales. Precisamente por estas falencias, la CPI está dando sus primeros pasos en la lucha contra la impunidad, en lo cual debe ser muy cuidadosa de la forma de ceñirse al E.R, ya que puede correr el riesgo también de aplicar un Derecho penal menos garantista –lo cual no ha ocurrido a la fecha–, flexibilizante de las reglas de imputación y relativizante de las garantías políticas criminales, sustantivas y procesales, lo que modernamente hablando sería, la aplicación de derecho penal del enemigo,¹⁰⁵¹ que surge como se vió en los capítulos iniciales cuando se validan normas contrarias a derecho para perseguir y castigar a sujetos catalogados de extrema peligrosidad, medidas que pueden

¹⁰⁵⁰ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *“La paz perpetua” a través del derecho penal internacional: un derecho global para “enemigos”*. Gonzalo A. Ramírez Cleves, (ed.). En *El derecho en el contexto de la Globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 293.

¹⁰⁵¹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Op. cit. p. 294.

llegar a traspasar los límites que deben estar dados desde el propio derecho. En el entendido que, el verdadero sentido del Derecho penal es el de garantizar la protección de bienes jurídicos de vital importancia.

A ello puede estar encaminado también el modelo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), con todas sus deficiencias jurídico penales, pues la «liberalización» de los principios fundamentales, cuando se trata de perseguir al enemigo (los criminales de guerra y lesa humanidad), además de ser chocante naturalmente por razones morales y por ser contrarias a las propias bases axiológicas del Derecho penal, es también, como ya lo ha señalado SILVA SÁNCHEZ,¹⁰⁵² peligrosa, porque el efecto contagio para ser inevitable y lo que resulte adecuado para la criminalidad de los poderosos, será rápidamente exportado al ámbito de la criminalidad común. Surgiendo lo que PASTOR denomina el “efecto metástasis”,¹⁰⁵³ de un poder penal sin límites, ni restricciones, que se extiende como modelo, incluso también, a los ámbitos no formales de control social. Apareciendo en los términos expresados por HASSEMER,¹⁰⁵⁴ un derecho brutal que embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana.

Por los hechos históricos esbozados, se evidencia que el Derecho penal internacional, ha nacido fundamentalmente como derecho militar, situación que siguiendo a PASTOR,¹⁰⁵⁵ constituye la expresión de un poder de los vencedores sobre los vencidos, que sustituye escénicamente el bombardeo y el fusilamiento *in situ* por la sala de audiencias y la prisión o el patíbulo. La jurisdicción penal debería tener como presupuesto de su actuación un conjunto de políticas globales eficientes y no punitivas destinadas a prevenir los delitos internacionales, por medio del desarrollo social, económico y equitativo de todos los pueblos del mundo. No es moralmente justificable la sola globalización de la jurisdicción penal, mientras que el verdadero aseguramiento

¹⁰⁵²PASTOR, Daniel. Op. Cit; p. 176.

¹⁰⁵³Ibid, p. 176.

¹⁰⁵⁴HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. M. Ontiveros Alonso, (trad.). México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 16.

¹⁰⁵⁵PASTOR, Daniel. Op. Cit. p. 132.

de los derechos para todos, proclamados por la Carta de la ONU y en la DUDH siguen siendo, aún, un conjunto de promesas incumplidas.¹⁰⁵⁶

Igualmente, bajo la hipótesis que se sustenta en este escrito, se piensa la actuación de la Corte Penal Internacional, –pese a la transformación del derecho internacional público y al límite en el ejercicio de la soberanía de los Estados, restringida por la tutela de los derechos humanos ante la comisión de crímenes graves de trascendencia internacional–, está condicionada por factores de poder que van más allá de aspiraciones basadas en ideales de justicia y de paz mundial. Ya que el escenario internacional en su conjunto está limitado por ejes multipolares que marcan la hegemonía mundial. Ello obedece a que hoy por hoy, tras los esfuerzos marcados desde décadas pasadas, países como Estados Unidos, por el control que marca en el escenario internacional, se nieguen aún a ratificar el Estatuto de Roma y por ende, no otorguen competencia a la Corte Penal Internacional, como único Tribunal Penal Internacional permanente en la historia de la humanidad.

Además, críticas más fuertes –que serán desarrolladas en los capítulos subsiguientes– han sido esbozadas por los doctrinantes, *verbi gratia*, GONZÁLEZ VEGA,¹⁰⁵⁷ explica que la CPI como nuevo Tribunal Penal Internacional, no deja de revelar aspectos poco reconfortantes; en el sentido de que la simple enumeración de los asuntos en curso revela que son solo Estados de Tercer Mundo y reos de raza no blanca los encausados, sin que los intentos por interesar a la jurisdicción penal internacional en otros supuestos se hayan revelado hasta ahora eficaces. En esta tesitura, de mantenerse, la consolidación de una *coloured criminal justice* constituye un riesgo indudable para la propia CPI, pues será difícil no ver en ello una prueba más del carácter (pos) colonial del Derecho internacional, reiteradamente denunciado por los juristas no occidentales.

¹⁰⁵⁶ *Ibid*, p. 132.

¹⁰⁵⁷ GONZÁLEZ VEGA, Javier. “¿Misión imposible? La competencia de la Corte Penal Internacional para enjuiciar los crímenes cometidos en el curso de las acciones israelíes sobre Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)”. Carmen Pérez y González Rafael, (ed.), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Madrid: Thomson Reuters, 2009, p. 114.

CAPÍTULO VI. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En este capítulo se harán algunas apreciaciones de manera crítica, tomando como punto de partida el Derecho penal internacional, el cual está compuesto por todas las normas y principios de derecho internacional que constituyen consecuencias jurídico-penales. La cuestión es poner en evidencia algunos problemas que han estado presente en el Derecho penal internacional desde el momento de su nacimiento con la aplicación de sus fuentes, –donde el precedente de Nüremberg se constituye en un elemento clave– hasta llegar a la Haya con la consolidación de la Corte Penal Internacional, con su Estatuto como norma rectora. Análisis que estará conexo a otros tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Aunque se pretende poner de presente algunos avances, también se expondrán las debilidades y peligros que pueden estar latente en el funcionamiento de la CPI –de cara al futuro del Derecho penal internacional–, ya que es indudable que la CPI cuenta con una estructura más sólida y diferente a la de los anteriores tribunales *ad hoc*. Pero esto no resta que el escenario internacional esté también contaminado de la ya aludida doctrina del derecho penal denemigo.

6.1. Punto de partida: La responsabilidad penal internacional

El establecimiento de la responsabilidad penal del individuo como una de las más grandes revoluciones del derecho internacional contemporáneo¹⁰⁵⁸, es el resultado de procesos claramente identificados con la lucha contra la impunidad, dirigida a erradicar las graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de lo que hoy se ha denominado, *crímenes internacionales*.¹⁰⁵⁹ Lo anterior, precisamente es lo que vincula a la humanidad como afectada directa cuando se cometen tales atrocidades. Idea prístina que relaciona al individuo

¹⁰⁵⁸TORRES PÉREZ, María. *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*. Tiran lo Blanch monografías, 521. Valencia, 2008, p. 231.

¹⁰⁵⁹PÉREZ, Carmen, GONZÁLEZ, Rafael. *En la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Carmen Pérez y González Rafael, ed., Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 16.

con obligaciones impuestas por el derecho internacional generando su responsabilidad penal.¹⁰⁶⁰

Así, *veribi gratia*, aparecen ramificaciones como el Derecho penal internacional¹⁰⁶¹ para intentar garantizar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, como bienes jurídicos¹⁰⁶² excelsos para la comunidad internacional.¹⁰⁶³ Razón por la cual, como se desprende del preámbulo del Estatuto de Roma (ER), hay un consenso global según el cual, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,¹⁰⁶⁴ no deben quedar sin castigo, no sólo para poner fin a la impunidad de sus autores y para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,¹⁰⁶⁵ sino también, para contribuir en la prevención de nuevas violaciones, defendiendo los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Estos tres bienes jurídicos protegidos, esto es, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, no son sólo fines de la comunidad internacional, sino, el centro mismo del derecho penal internacional.¹⁰⁶⁶ Con este propósito, cuando se atacan los intereses fundamentales en el orden internacional, los derechos violentados pasan a tener una protección más amplia, más allá de la soberanía de los Estados, pasando así a ser materia de regulación del derecho internacional.

Dicho proceso demuestra que los proyectos de establecimiento de órganos de esta naturaleza, siempre han encontrado un poderoso obstáculo,¹⁰⁶⁷ *la soberanía*. “Aunque los Estados tenían la conciencia de que

¹⁰⁶⁰ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. Op. Cit, p. 13.

¹⁰⁶¹ CARRILLO SALCEDO, Juan A. “El sistema internacional del los derechos humanos y la globalización”. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, (coord.). *En el derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 29.

¹⁰⁶² GIL GIL, Alicia. Op. Cit, p. 27.

¹⁰⁶³ WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005. p. 79.

¹⁰⁶⁴ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel. Op. Cit, p. 76.

¹⁰⁶⁵ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. “Derecho internacional, impunidad, y responsabilidad del Estado”. En Nueva sociedad, Memoria Impunidad y Derechos humanos, nº 161, 1999, p. 3.

¹⁰⁶⁶ WERLE, Gerhard. Op. Cit, p. 80.

¹⁰⁶⁷ El derecho penal internacional como sistema normativo nace con el propósito de luchas contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Que paradójicamente, no eran

sus juicios nacionales no eran suficientes para combatir la impunidad de los crímenes de carácter internacional y de que los tratados que firmaban no disponían de mecanismos eficaces de aplicación, ya que no existía una instancia en el orden mundial con fuerza suficiente para impedir tales trasgresiones”.¹⁰⁶⁸

Por consiguiente, el nacimiento del DPI tiene conexión directa con la protección de los derechos humanos, como herramienta de defensa ante el fracaso de los mecanismos tradicionales de protección, atribución que al mismo tiempo lo faculta para legitimar y limitar su aplicación. Por tal motivo, el Derecho penal internacional, acorde a los fines para los cuales ha sido creado, tiene como gran reto, ir en armonía con los tratados universales sobre los derechos humanos y los principios fundamentales del Derecho penal, reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la ilustración.¹⁰⁶⁹

6.2. Relación necesaria entre los derechos humanos y el derecho penal internacional

Lo primero que puede advertirse, es que la concepción de soberanía estatal, como *summa potestas*, –*el poder supremo de dictar la ley y hacerla cumplir sobre un territorio* –, impidió por mucho tiempo el desarrollo de la idea de una jurisdicción penal internacional. Noción que tuvo que ceder para la internacionalización del Derecho penal.¹⁰⁷⁰ Ya que *junto al clásico principio de soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos*. Pues la persona humana como enuncia el profesor CARRILLO, es titular de derechos propios, oponibles

castigados por la inadecuación “*de facto*” del derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José. “*Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”. Op. Cit, p. 381.

¹⁰⁶⁸FERNÁNDEZ, Jean Marcel. Op cit, p. 181. En la misma línea QUINTANO, plantea que, las nociones de Derecho Internacional Penal y Soberanía resultan en lo hondo incompatibles; lo son hasta tal punto que puede afirmarse la imposibilidad de un tal derecho sin una previa y radical limitación de éste dogma. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. En *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955. p. 34.

¹⁰⁶⁹WERLE, Gerhard. Op. cit, p. 28.

¹⁰⁷⁰FERNANDES, Jean Marcel. Op cit., p. 29.

jurídicamente a todos los Estados (...). La persona entonces, *no puede ya ser considerada como un mero objeto del orden internacional*.¹⁰⁷¹

En este orden de ideas, la soberanía atribuida a los Estados, por excelencia, afectó el proceso de gestación de una jurisdicción penal internacional. Debido a que durante siglos el mecanismo de eficacia para el cumplimiento de las más graves obligaciones internacionales (comprendida la protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario), estuvo confiado al sistema penal interno para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes internacionales.¹⁰⁷²

En tiempos actuales, el discurso que gira en torno a los derechos humanos y al derecho penal internacional, van de la mano. Están estrechamente ligados, pues este último nace, en principio, para evitar la impunidad¹⁰⁷³ cuando se violenten gravemente derechos de titularidad universal, surgiendo así, una especie de colaboración armónica en estas dos áreas del derecho. Pues el Derecho penal internacional protege la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional.¹⁰⁷⁴

El referente histórico muestra que los derechos humanos y el Derecho penal internacional, nacen como dos ramificaciones hermanas en el derecho internacional, por ende deberían estar compenetradas, puesto que el Derecho penal internacional tiene su cimiento en la defensa de los DD.HH para evitar la comisión de crímenes graves. Pero estas dos áreas del derecho están disociados, sino total, por lo menos parcialmente, son dos discursos que no conversan con la misma lógica, aún a sabiendas de que los DD.HH se constituyen también como límites en la justicia penal internacional. La razón de tal cosa obedece (*como se describirá a posteriori*), a que precisamente los entes de control y organizaciones en el ámbito internacional, son los que

¹⁰⁷¹CARRILLO SALCEDO, Juan. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 13-22.

¹⁰⁷²RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José. "*Hitos y experiencias de la Justicia Penal Internacional*". Op. Cit, p, 287.

¹⁰⁷³GONZÁLEZ VEGA, Javier. Op. Cit, p. 113.

¹⁰⁷⁴WERLE, Gerhard. Op. Cit, p. 79.

propician, en algunas circunstancias, los mismos escenarios de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

Ahora bien *¿podrá existir cierta primacía de los DD.HH frente al Derecho Penal Internacional?* Justamente debe afirmarse y no de forma apresurada, que ambas ramas deben tener colaboración armónica, en el sentido de complementarse mutuamente. O dicho de otra forma, esto sería una condición necesaria, pues hay que advertir, que si los derechos humanos se vieran en detrimento por ocasión a las garantías judiciales emanadas del poder penal internacional, el respeto a los DD.HH en aras de reivindicar la razón del propio derecho, debe primar. Pues de otro modo los DD.HH. serían un simple instrumento del poder penal internacional.

Se puede decir que el Derecho penal internacional se fundamenta en la salvaguarda de los derechos humanos, sí se analiza como un instrumento de defensa, –en la pretendida lucha contra la impunidad–, atribución que al mismo tiempo lo faculta para legitimar y limitar su aplicación, pues el límite es, y seguirá siendo, el respeto a los derechos humanos.

Dada la complejidad del asunto, el Derecho penal internacional acorde con los fines para los cuales ha sido creado, tiene como gran reto, ir en armonía con los tratados universales sobre los derechos humanos y los principios fundamentales del Derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la ilustración.¹⁰⁷⁵

Por ello, aunque aquel se ocupe de los delitos más graves, el correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, pues el costo de dicho castigo, terminaría en la erosión de la legitimidad del Derecho penal internacional y de los tribunales que lo aplican.¹⁰⁷⁶ En consecuencia, ante delitos graves de trascendencia internacional, su ideario debe ser el de coadyuvar indistintamente, en la efectiva protección de los individuos, al

¹⁰⁷⁵ AMBOS, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Colección: Justicia Penal. Barcelona: Atelier. 2008, p. 28.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.* p. 28.

complementar y asegurar los demás instrumentos de protección de los derechos humanos.¹⁰⁷⁷ Pues el análisis de cualquier tipo penal catalogado como crimen internacional, no debe abandonar su correspondiente conexión respecto a los derechos de las víctimas, de cara a los derechos de los presuntos responsables.

En cuanto a los delitos internacionales, cabe decir que, aquellos ocurren en un cierto contexto colectivo de comisión, y requieren por tanto, además de los actos individuales de un elemento internacional o contextual adicional, que “señale a cierto grupo cuyo fin haya sido el de destruir (genocidio), una comisión sistemática o generalizada (crímenes de lesa humanidad), o un conflicto armado (interno o internacional)-(crímenes de guerra)”,¹⁰⁷⁸ advirtiendo también que empieza a tomar fuerza el crimen de agresión, aunque aún no hay total claridad respecto a su puesta en funcionamiento en relación al Estatuto de Roma.

En materia de crímenes internacionales, es justamente el elemento contextual adicional el que complementa la tradicional imputación individual, cuando concurren las condiciones de la teoría del delito, es decir, que exista una conducta punible, típica, antijurídica y culpable que se le pueda atribuir al acto delictivo, para poder imputarse ante la Corte Penal internacional en razón a su competencia *ratione materiae*.

Hay que resaltar que tratándose también de crímenes graves,¹⁰⁷⁹ la justicia internacional interviene de manera subsidiaria y complementaria,¹⁰⁸⁰ porque son los Estados los que en principio, tienen la responsabilidad de salvaguardar y garantizar los DD.HH, luego, si posteriormente, aquella protección se torna inoperante, es donde entra en juego el papel de la comunidad internacional, ya que son los Estados en el ejercicio del *ius puniendi*, los primeros en ser llamados a solucionar internamente sus conflictos, para hacer frente a las diversas situaciones que puedan surgir al interior de su territorio con sus ciudadanos o extranjeros.

¹⁰⁷⁷ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 100.

¹⁰⁷⁸ AMBOS, Kai. Op. Cit, p. 18.

¹⁰⁷⁹ GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel. Op. Cit, p. 78.

¹⁰⁸⁰ PÉREZ, Carmen, GONZÁLEZ, Rafael. Op. Cit, p. 146.

Pero en este plano, el Derecho penal internacional ostenta doble subsidiaridad, sea por la dada por el Derecho penal como elemento de *última ratio*,¹⁰⁸¹ o bien, sea por la dada por el Derecho internacional cuando en las esferas internas en el ámbito penal, los Estados fracasen al poner en movimiento el aparato estatal. Al respecto argumenta ROXIN que:

La idea político-criminal de que el derecho penal deba ser fragmentario o subsidiario, es decir, que sea preferible cualquier otro instrumento social de conducción eficaz al empleo del derecho penal, encuentra su fundamento al considerar que la pena criminal es a menudo perjudicial para la posición social de quien se ve afectado, que ella es socialmente dañina y que, por tanto, sólo hay que ampararse en ella cuando sea el único medio de evitar un mal todavía mayor.¹⁰⁸²

Pero en la actualidad, cabe preguntarse: ¿Será que realmente se puede hablar de un Derecho penal tanto en su ámbito de aplicación internacional o doméstico, como de *última ratio*? El Derecho penal en particular y el Derecho penal internacional, se están enfrentando a diario con nuevos retos y tendencias tanto en los ordenamientos jurídico internos de los Estados, como en el seno de la comunidad internacional, producto de una serie de hechos que paulatinamente se van exteriorizando como pautas legítimas a seguir, sean o no, garante de la protección de los derechos humanos.

En este contexto, la ciencia del Derecho penal, que consiste, por un lado, en asegurar al individuo frente al manejo estatal ilimitado en tiempos de crisis, y por otro, en ofrecer opciones de solución orientadas a los problemas, que sean correctas sistemáticamente, se han visto profundamente alteradas.¹⁰⁸³ En efecto, la justa y correcta aplicación del Derecho penal se está convirtiendo en una utopía; se moldea entorno a situaciones de peligro, maximizando su intervención.

Entendido de esta forma, “el Derecho penal ha perdido su connotación cultural humanista para asumir un papel de saber tecnocrático mediante el que

¹⁰⁸¹ GIL GIL, Alicia. Op. Cit, p. 29.

¹⁰⁸² ROXIN, Claus. *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, pág. 508.

¹⁰⁸³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op cit. p. 21.

un grupo de técnicos auto alimenta su propio sistemas de reglas para legitimar la función social del sistema, que persigue tres objetivos: a) la estabilización simbólica de la seguridad colectiva; b) la neutralización social de los megariesgos producidos por el desarrollo económico, y c) la defensa a ultranza del monopolio estatal de la organización social".¹⁰⁸⁴

Así por ejemplo, sí se habla de la Corte Penal Internacional, se observa según la tesis de PASTOR¹⁰⁸⁵ que las pretensiones punitivas del Estatuto de Roma interesarían en la creación de un poder penal internacional, estructurado bajo los principios de una política criminal "extrema", en una abierta "ideología de punición infinita" donde el blanco directo son todos los seres humanos. De esta forma, no se podría considerar más al Derecho penal como un instrumento social, pues en materia de graves violaciones de los derechos humanos serían ilegítimas todas las opciones a la condenación penal.

6.3. "El negocio de los derechos humanos": el pretexto para vigilar y castigar

El Derecho penal en la definición que dio hace 200 años FRANCISCO MARIO PAGANO se dirigió principalmente a establecer la tranquilidad pública, que es el principal objeto de la sociedad.¹⁰⁸⁶ En esta concepción que se calificaría como el acta de nacimiento del poder punitivo y que se remonta a años antes de la obra pagiana, se produce el fenómeno tantas veces analizado de expropiación del conflicto a la víctima por parte de un Estado que quería construir poder.¹⁰⁸⁷ Pues bien, pese a los años el Derecho penal camina sobre un "nuevo suelo", no obstante lo nuevo, la represión es lo que invade el *modus operandi* del sistema jurídico-penal. Ante esta situación caben dos opciones básicas: o levantar trincheras contra el "moderno" Derecho penal, o intentar montar y

¹⁰⁸⁴ Ibid, p. 21. También Cfr. HASSEMER, Winfried. "La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo". Francisco Muñoz Conde, (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 91 y ss.

¹⁰⁸⁵ PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional*. Op. Cit, p. 75.

¹⁰⁸⁶ PAGANO, Francisco Mario. Principios del código penal. Traducción al español de Raúl Zaffaroni, con notas de Sergio Moccia. Editado por Hammurabi, Bs. As. 2002. En cita de BAILONE, Matías. En "Abolicionismo o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo". Marco A. Terragni (dir.). *Ciencias penales contemporáneas*. Nro. 7 y 8, Buenos Aires: ediciones jurídicas Cuyo, 2005. p 4.

¹⁰⁸⁷ Ibid. p. 4.

conducir ese caballo nervioso de los modernos fenómenos materiales que impulsan el sistema penal”.¹⁰⁸⁸

Esta situación choca con el ideario clásico de un Derecho penal de mínima intervención, en aras de combatir una emergencia global en ocasión a políticas de seguridad, mal pensadas en la consecución de tranquilidad pública, no sólo a nivel nacional sino en la comunidad internacional, para dejar claridad en el ideario social, sin admitir duda alguna, quiénes son los que controlan y ejercen esferas de poder.

A *contrario sensu* de las ideas iluministas que colocaban en el centro medular del Derecho penal “la obtención de la tranquilidad social”. En FRANCESCO CARNELUTTI, esta idea se centraba en la civilidad como el norte del Derecho penal, y la definía como: “la capacidad de los hombres de amarse, y por eso, de vivir en paz, –por ello–, llamaba al delito como el drama de la enemistad y la discordia”.¹⁰⁸⁹ Sin embargo, por las circunstancias existentes ante la moda de la emergencia, el mundo sigue la suerte de quienes tienen el poder de definición.

Para no caer en escepticismo, es de resaltar que todavía hay muchas cosas por hacer y deshacer. Todo este marco dominante aunque condiciona, no puede determinar la forma de vida. Sólo podremos sobrevivir y luchar con posibilidades de victoria si somos conscientes de los contextos en los que estamos insertos.

Sólo podremos, pues, reaccionar culturalmente en el sentido dinamizador y subversivo de los órdenes hegemónicos dominantes, si sabemos donde estamos, si somos conscientes de la circunstancias que nos rodean, y, por supuesto, de los cambios que dichas circunstancias y dichos contextos padecen (...) conscientes de que estamos “situados” en contextos, los cuales nos condicionan, pero no nos determinan.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁸ ARROYO ZAPATERO, Luís. Presentación. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín, (Coords.). *En Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 19.

¹⁰⁸⁹ BAILONE, Matías. Op. Cit, p. 4.

¹⁰⁹⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso Cultural*. Materiales para la creatividad humana. Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. p. 38.

En estas circunstancias, sin caer en teorías de abolicionismo extremo, el Derecho penal debe pensarse como forma alternativa de solucionar los conflictos más allá de la máxima punibilidad, pues “el abolicionismo no busca la desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la psiquis y/o sobre el cuerpo humano (...). Es capital, entonces distinguir el control cuya génesis se encuentra en la constitución antropológica del hombre, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominación históricamente variables y por ello en principio superadas”.¹⁰⁹¹

Lo que impera es un Derecho penal que quiere resolverlo todo a través de la punición, todo esto sólo demuestra una cosa, la inocuización en la que cae el Derecho penal, como puro y duro derecho penal del enemigo. Con lo cual se puede observar con toda certeza, que el tema de la protección efectiva de los derechos humanos en el orden global se encuentra en franco debilitamiento en los últimos años, “donde si bien por un lado existe una profusa legislación en el orden internacional a través de los diferentes tratados internacionales, no sólo bilaterales sino, regionales y mundiales, que tienden a establecer un sistema universal de protección de derechos humanos; por el otro, todo este plexo normativo no alcanza una dimensión sociológica de importancia en lo que hace a su efectiva realización”.¹⁰⁹²

De esta forma, la protección efectiva de los derechos, pasa a ser inoperante, por una vigilancia extrema que supera los límites del derecho, partiendo de contextos globales que son entendidos como legítimos. Se vigila cualquier comportamiento sospechoso y se persigue sin control no sólo al delincuente común, sino a cualquiera que piense y este en contra del sistema imperante. Pues como insiste FOUCAULT¹⁰⁹³ hay que *vigilar y castigar*, pero castigar de otro modo: “deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la

¹⁰⁹¹ PÉREZ PINSON Álvaro. *La perspectiva abolicionista*. Bogotá: Temis, 1989, p. 15. Crf. BAILONE, Matías. Op. Cit, p. 4.

¹⁰⁹² RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo. “El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes”. *En La Ley*, Revista Universitaria, Año V, nº. 3, 2003, p.1 y ss.

¹⁰⁹³ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. 1a, ed.-Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. 314 p. Traducción de: Aurelio Garzón del Camino. P. 77.

venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo. Muy pronto el suplicio se ha hecho intolerable. Irritante, si se mira del lado del poder, del cual descubre la tiranía, el exceso, la sed de desquite y "el cruel placer de castigar"¹⁰⁹⁴

¿Pero a que se llama vigilar? JEREMY BENTHAM,¹⁰⁹⁵ en la prolongación de su teoría pragmática del Derecho penal como derecho a castigar, dice que es un medio de obtener el poder, un poder de la mente sobre la mente. Ésta visión panóptica se centra en la vigilancia como adiestramiento del cuerpo para lograr la educación del alma. Pero en FOUCAULT, se proyecta otro paradigma, una nueva técnica de poder, la "biopolítica y su proyecto de sociedad de seguridad"¹⁰⁹⁶ donde después del siglo XIX pasando de la sociedad disciplinaria, aparece una intervención gubernamental permanente, donde lejos de oponerse al Estado, la sociedad civil resulta, ser el reflejo de la tecnología liberal de gobierno.

Aparece un biopoder, que se caracteriza por medidas globales y de sospecha, para intervenir al interior de la población. Según lo descrito, ya la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades.¹⁰⁹⁷

Con esta técnica, desde la doctrina del derecho penal del enemigo, vista desde el poder internacional, los vigilados, esto es, colectivos objetos de cuidado, serán quienes sean identificados socialmente por los Estados, las organizaciones, órganos internacionales o sujetos internacionales en sentido amplio, que gobernarían discrecionalmente para activar dicho poder en ocasión

¹⁰⁹⁴Ibíd., p 77.

¹⁰⁹⁵*El panopticon* es una figura arquitectónica en la que desde un punto central, una torre, el vigilante puede controlar con plena visibilidad todo el círculo del edificio dividido en alvéolos, mientras que los vigilados, alejados en celdas individuales, separadas una de las otras, son vistos sin ver a quien los observa. Este modo de organización espacial está en la base de un proyecto global de sociedad, una suerte de utópica. Cfr. MATTELART, Armand. Op. Cit, p. 17.

¹⁰⁹⁶Al respecto léase también a FOUCAULT, Michel. *El Nacimiento de la Biopolítica*. Op. Cit, p. 87 y ss.

¹⁰⁹⁷Ibíd., p. 87.

al peligro a intervenir. A tal suerte que sí esto es así, el derecho penal internacional del enemigo sería también, un “no derecho”,¹⁰⁹⁸ en el sentido:

Que no rige para todos, ni acorde a derecho y democráticamente, se aplica más que casualmente, entonces su existencia no pasaría de ser mas que el establecimiento desde los países ricos, de un poder penal residual, para condenar a imputados vencidos de países pobres. Un derecho penal exclusivo para lejanos amigos derrotados. La ultima visión de la hipocresía occidental (...), y en lugar de prevenir, estimula la perpetración de los crímenes que son objeto de la competencia del sistema.¹⁰⁹⁹

La prevención siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, pero no cabe duda de que el actualizado léxico del riesgo le otorga un nuevo protagonismo, siendo un aspecto prioritario de las renovadas demandas securitarias hacia el Estado. Surge así un Derecho penal como instrumento de la política estructural proactiva en lugar de reactivo y orientado a la responsabilidad individual.¹¹⁰⁰ Por ende, se encuentra una sociedad ciega que no rechaza los falsos ideales de paz y toda anomalía se quiere controlar y se regula, cayendo en una marea legislativa, pues así como explica el jurista JEAN DANET,¹¹⁰¹ se espera que la justicia penal lo resuelva todo, se asiste a una penalización en el tiempo.

De este modo, poco a poco la tendencia es que ya no es el orden civilizado el que protege al ciudadano de la delincuencia en general. Pues desde esta óptica, “se crea la noción de “zona de no-derecho”, que no designa la reivindicación de los derechos que podrían emanar de los ciudadanos y de los habitantes, sino que se refiere al comportamiento de la población respecto de la política”¹¹⁰². Esta tendencia incriminadora,¹¹⁰³ que muchas veces parece decantarse a favor de la comunidad y de la inmanente seguridad que exigen

¹⁰⁹⁸ PASTOR, Daniel. Op. Cit. p. 519.

¹⁰⁹⁹ *Ibíd.* p. 519.

¹¹⁰⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, Op. Cit. p. 22.

¹¹⁰¹ DANET, Jean. «*la justice face à L'obsession de punir*» entrevista con N. Guibert, *Le Monde*, 29-30. de abril de 2007, p. 13. En cita de: MATTELART, Armand. *Un mundo vigilado*. Op. Cit, p. 225.

¹¹⁰² *Ibíd.* p. 229.

¹¹⁰³ HENAO CARDONA, Luis. “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2004, pp. 501-508 [En línea]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360216>>.

las sociedades postindustriales,¹¹⁰⁴ ha llevado a la necesidad de asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen los bienes jurídicos colectivos¹¹⁰⁵ y su técnica de tipificación como delitos de peligro abstracto, inseguridad que se ha traducido en edificaciones metodológicas que abogan por sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos jurídicos.¹¹⁰⁶

En tal sentido los DD.HH. parecieran estar en un punto máximo de debilitamiento, pues son instrumentalizados, también por las esferas de poder que todo lo controlan, pareciera que no existiera control de todo aquello que requiere control. Por tanto, el acierto descriptivo de JAKOBS es superlativo: el poder punitivo internacional es el derecho penal del enemigo por excelencia,¹¹⁰⁷ ante todo como lo sostiene el mismo autor: “los llamados derechos humanos, no rigen, esto es innegable en la enorme mayoría de los países del mundo; no tienen por tanto una vigencia efectiva aunque sea a grandes rasgos, sino todo lo contrario contra los autores de graves violaciones de los DD.HH. que son juzgados por jurisdicciones externas al (o a los) Estado/s involucrado/s, se dirige una guerra a un extraño por medio de un tribunal y la ficción de un juicio”.¹¹⁰⁸

JAKOBS considera que esta acción puede servir no para mantener un orden jurídico mundial, que evidentemente no existe, sino para establecerlo.¹¹⁰⁹ Sí se piensa en la constitución del Tratado de Atlántico Norte, con su poder militar eminentemente incrotrolable, se puede observar con bastante claridad, cómo la lógica de atacar al “otro” en la lucha contra el enemigo, siempre permitirá la guerra como una opción válida y siempre consentida, bajo el respaldo de los que controlan el mundo. Entes que violentan constantemente

¹¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del derecho penal*. Op. Cit, p. 45-46.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹¹⁰⁶ JAKOBS, Günter, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, (trad.), Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 63.

¹¹⁰⁷ PASTOR, Daniel. *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. Op. Cit. p. 494.

¹¹⁰⁸ *Ibid.* p. 495

¹¹⁰⁹ *Ibidem*

los derechos humanos, y para ellos no aparece extenderse un sentido correcto de recta aplicación de justicia.

La guerra de Kósovo es un modelo que presenta esta ambivalencia, donde la doctrina de la seguridad demuestra, una vez más, que el ataque al “enemigo” siempre estará permitido por las reglas de quienes controlan el mundo, más allá de cualquier tribunal internacional que sentencie y juzgue al presunto enemigo por los actos perpetrados. Por tanto, ¿Quién garantiza que la creación de un tribunal penal internacional es la salida cuándo no hay control respecto de quienes necesitan control? O planteada la pregunta de otra forma, ¿No serán los mismos “enemigos” los que están representados bajo el antifaz de un tribunal o de organizaciones que ostentan el carácter de democráticas?

Inicia la tarea de empezar a repensar los derechos humanos de otro modo, pero hay un conjunto de cosas que influyen en este cometido, el poder, la dominación y el control, que siempre está presente no sólo en el ámbito de protección de estos derechos, sino en los mismos organismos que los promulgan, que inevitablemente ante tantas esferas de poder, se van transformando y muchas veces se reafirman al lado de quienes los violentan, que en numerosas ocasiones suelen ser las grandes potencias mundiales.

6.3.1. Atacar al otro: la hipocresía de la paz y la seguridad internacional

*El sistema ideal y perfecto es el gobierno encubierto de los sabios,
que deben utilizar las armas que les da la sabiduría
para poder alcanzar su máxima expresión.
Para conseguirlos, tienen que obrar por el objetivo de que
los gentiles sean crédulos, simplones y, por tanto, manipulables
hasta el punto de convertirse en las herramientas perfectas
para alcanzar la meta propuesta que, en este tiempo,
no es otra cosa más que frenar la modernidad que anida
cada vez mas entre el vulgo, a cuyos integrantes es
necesario reducir a la categoría de bestias.
Gracias a ellos, es posible cumplir con el objetivo de
trasladar al vulgo una forma de vida en la que sea permanente
la guerra o la sensación de estar en guerra.
Lograrlo es sencillo gracias a la manipulación de los instintos primarios,
que se encuentran en los sentimiento nacionalistas y religioso,
de los cuales los gentiles deben ser sus adalides.
Leo Strauss.*

Partiendo de la guerra de Kósovo de 1999, se observa que hizo presente la ambivalencia de los derechos humanos. Todo un país fue destruido en nombre de asegurar la vigencia de estos derechos. No solamente kósovo, toda Serbia también: “La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) puso en marcha una gran fábrica de muerte que llevó a cabo una acción de aniquilamiento. No había defensas posibles y la OTAN no tuvo muertes; todos los muertos fueron kosovares y serbios, y la mayoría de ellos civiles. Los pilotos actuaron como verdugos que ejecutan al culpable, quien no tenía defensas. Cuando volvían, decían que habían hecho un "buen trabajo". Era el buen trabajo del verdugo”.¹¹¹⁰

Serbia, explica el profesor HIGINIO POLO¹¹¹¹ no hubiera asumido nunca la separación de Kosovo, pero las autoridades de Belgrado fueron forzadas por las grandes potencias occidentales a aceptar el hecho consumado de la amputación, hasta el punto de que una delegación kosovar se presentó en la Asamblea General de la ONU, sin ser miembro, y permaneció allí gracias a la treta de ser considerada una “invitada” de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Alemania, e Italia. “El gobierno serbio sabía que seguir oponiéndose a la independencia de Kosovo significaba cerrarse el camino a la entrada en la Unión Europea, y hoy Serbia fía la superación de la grave crisis, la reconstrucción del país, y todo su futuro, a esa hipotética integración”.¹¹¹²

Kosovo era un sitio escabroso antes del bombardeo de la OTAN, con unos 2.000 muertos de todos los bandos en el año anterior. El Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), fue responsable de más muertes en Kosovo que las propias autoridades serbias.¹¹¹³ No obstante, en ese entonces era claro que ese tipo de masacres no eran del interés de las dirigencias estadounidense y británica. Por eso los guerrilleros albaneses, “en ese entonces ayudados por la CÍA, habían explicado con franqueza que su meta era matar serbios para

¹¹¹⁰HINKELAMMERT, Franz J. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. En *Revista Pasos*, nº 85, 1999, p. 1.

¹¹¹¹POLO, Higinio. “Kosovo: el silencio es un crimen de guerra”. En el *Viejo Topo*, nº 280, 2011, p. 34. Recuperado en: <<http://www.rebellion.org/docs/129437.pdf>>.

¹¹¹²Ibid, p. 34.

¹¹¹³CHOMSKI, Noam. *hegemonía o supervivencia: el dominio mundial de EE.UU.* Carlos José Restrepo, (Trad). Bogotá: Grupo editorial Norma, 2004, pp. 83-84.

desencadenar una reacción brutal que impulsara a Occidente a respaldar una intervención de la OTAN.¹¹¹⁴

Los académicos serios llegan a conclusiones parecidas. NICHOLAS WHEELER, quien no invierte la cronología, calcula que los serbios habían matado a 500 albaneses antes del bombardeo de la OTAN, dando a entender que el ELK había matado 1.500. Así concluye que, el bombardeo de Serbia fue un caso genuino de intervención humanitaria porque "aunque sólo habían muerto unos cuantos centenares de albaneses" antes de este, "la inteligencia ve en ello los albores de una campaña en grande de matanzas y limpieza étnica".¹¹¹⁵

Aunque ésta estaba destinada a ser una intervención humanitaria, teniendo en cuenta la forma en que las operaciones se llevaron a cabo y sus resultados en términos de víctimas, algunos expertos argumentaron que la OTAN había cometido crímenes de guerra y que debía ser juzgada ante el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), que tenía jurisdicción en este caso particular.¹¹¹⁶ Pero no sobra advertir, que los crímenes de internacionales no son cometidos por entidades sino por individuos; he aquí la gran dificultad de castigar a los mayores líderes mundiales que representan la "seguridad mundial" a través de la OTAN.

6.3.1.1. La guerra la industria más rentable

La guerra posee en sí misma, su propia «gramática» (sus propias reglas técnico-militares), pero la política es y sigue siendo su «cerebro»; la guerra no posee ninguna «lógica propia». Pero claramente se basa en la dicotomía amigo-enemigo, núcleo de todo lo político que CARL SCHMITT deja manifiesto con la siguiente frase: «Si la guerra forma parte de la política, adoptará su carácter peculiar. Cuanto más importante y poderosa se haga aquella, mayor

¹¹¹⁴ *Ibid*, p. 84.

¹¹¹⁵ *Ibid*, p. 84-85.

¹¹¹⁶ MONTOYA PINO, Felipe. "La Operación Fuerza Aliada vista desde los principios básicos del *jus in bello*". En *EAFIT Journal of International Law.*, Vol. 1, 02, 2010, p. 46.

será también la guerra, y esto puede proseguirse hasta el punto en el que la guerra alcance su faz absoluta». ¹¹¹⁷

Tal afirmación es verídica, La OTAN, organización cuyo nacimiento es de índole político y militar liderada por los EE.UU; da prueba de ello, pues en todo caso, el poderío conocido de sus aliados militares, incita al uso de la fuerza, es decir, la solución de primera mano ante una amenaza podrá ser la opción de las armas para la guerra.

El bombardeo de la OTAN pretendía "dar una lección ejemplarizante a cualquier Estado europeo que se creyera exento de las reglas de la Posguerra Fría" establecidas por Washington. Lo que contaba era "afirmar la posición dominante de Estados Unidos en una Europa unificada, integrada y abierta". Desde el principio "los arquitectos de la guerra comprendieron [que] su propósito era afianzar la primacía de América" en Europa y "prevenir la intolerable contingencia de un retroceso europeo", presuntamente fuera del domino de Estados Unidos". ¹¹¹⁸

Las principales críticas que se han hecho sentir, cuestionan el funcionamiento de una organización de carácter *pro-democrático* ¹¹¹⁹, colocando no solo en duda la organización, sino haciendo un llamado de justicia ante la impunidad que se refleja en el escenario internacional, cuando la lógica de los poderosos de manera legal o no, es la que triunfa. En tal sentido, la organización por sí sola constituye una amenaza de índole mundial. Los hechos lo ratifican:

Durante un ataque que se produjo en medio del día 12 de abril de 1999, dos bombas cayeron en un tren de pasajeros civiles mientras cruzaba un puente. El objetivo del ataque era el puente, no el tren. Mientras que el lanzamiento de la primera bomba sobre el tren es atribuible al fracaso de la Alianza para verificar los horarios de los trenes y la gran altura desde la que la bomba fue lanzada, que al parecer impidió a los pilotos obtener una visión precisa de la meta en el momento del ataque, el lanzamiento de la segunda bomba es inexplicable. Éste fue conocido como el Incidente del Puente de Ferrocarril Gredelica, las explicaciones de la OTAN indicaron que el piloto

¹¹¹⁷ SCHMITT, Carl. Op. Cit, p. 64.

¹¹¹⁸ CHOMSKI, Noam. Op. cit, p. 86.

¹¹¹⁹ MONTOYA PINO, Felipe. Op. cit, p. 46.

que lanzó la segunda bomba había entendido que la misión era destruir el puente sin importar el costo en términos de víctimas civiles.¹¹²⁰

Algunos autores coinciden en que la *raison d'être* de la OTAN es la confianza mutua y que, como tal, sus propósitos se refieren a tópicos que van más allá del interés en la seguridad nacional.¹¹²¹ Es más, dicha organización se jacta de haber producido apenas un mínimo de muertos, pero lo que se destruyó fue la base real de la vida de la población. Todo su accionar se acompañó de una propaganda referida a las violaciones de los derechos humanos que los serbios cometían en Kosovo. Cuantas más violaciones se presentaban, la OTAN se sentía con más derecho, y hasta con la obligación moral, de seguir con el aniquilamiento.¹¹²² Otra prueba más, es el evento que se denominó, el *Incidente de la Carretera Djakovica-Decan*:

Varias personas de origen albanés murieron y más de 100 resultaron heridas cuando la OTAN, el 14 de abril; bombardeó varios convoyes de refugiados. Al principio, la OTAN rechazó su responsabilidad alegando que el ataque había sido llevado a cabo por las fuerzas yugoslavas, pero luego “admitió que los aviones de la Alianza habían llevado a cabo el atentado, sin embargo argumentó que los pilotos pensaban que estaban atacando vehículos militares”. Después del ataque no hubo pruebas de que vehículos militares estuviesen presentes entre la población civil, e incluso si las hubiera, el artículo 50 (3) del Protocolo Adicional I [de los Convenios de Ginebra] establece que “[l]a presencia entre la población civil de personas que no entran en la definición de civiles no priva a la población de su carácter civil.”¹¹²³

Por otra parte, no sobra advertir que, la supuesta ayuda para la guerra, implicaba también tener como aliado al mismo enemigo, situación que no era desconocida, antes por el contrario, los alcances eran totalmente apoyados, “así lo escribieron en sus informes, los servicios secretos de los países que intervenían de forma abierta o encubierta en Yugoslavia; Thaçi era el más peligroso de los criminales mafiosos de Kosovo, el más desalmado, el más

¹¹²⁰ Ibid. p. 54.

¹¹²¹ Ibid, p. 46.

¹¹²² HINKELAMMERT, Franz J., Op. Cit, p. 1.

¹¹²³ MONTOYA PINO, Felipe. Op. cit, p. 53.

cruel, pero eso no impidió que Estados Unidos lo apoyara y convirtiera en su principal hombre en la zona".¹¹²⁴

Con su liderazgo, actos de toda clase se cometieron, ante la existencia de una mafia cuyos negocios comprendían el tráfico de drogas, la trata de personas, la comisión de asesinatos y robos y, destacadamente, el tráfico de órganos humanos, y los países occidentales lo sabían¹¹²⁵. Muchas de estas aseveraciones forman parte del libro *La caza. Yo y los criminales de guerra*, de CARLA DEL PONTE, ex Fiscal del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, constituido por el Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar los crímenes de aquella guerra.¹¹²⁶

Lo anterior también lo confirma el informe de la OTAN de 2004, del que se hizo eco el diario británico *The Guardian*, revelaba que Thaçi, Primer Ministro de Kosovo apoyado por Los EE.UU, era "uno de los principales jefes" de las actividades criminales y mafiosas. Desde 1999, Thaçi y los matones del Ejército de Liberación de Kosovo (UÇK), iban a convertir a Kosovo en el centro de una gigantesca red criminal y mafiosa durante los años del protectorado norteamericano en Kosovo. Y sus protectores iban a cerrar los ojos, durante años, ante la evidencia del crimen.¹¹²⁷

Cuatro años después Europa y Estados Unidos habían perdido el interés. La mitad de los kosovares vive en la pobreza. Los islamistas radicales han capitalizado "la animadversión suscitada por la negligencia de la comunidad internacional", monopolizando el reparto de "comida, ropa y abrigo", así como los instrumentos para la supervivencia cultural de los habitantes de las zonas rurales, dando origen a un "fenómeno talibán". Las políticas occidentales de posguerra "bien pueden acabar creando los propios talibanes de Europa".¹¹²⁸

¹¹²⁴ POLO, Higinio. Op. Cit, p. 30.

¹¹²⁵ CERDEÑOSA, Bruno. Op. Cit, p. 31.

¹¹²⁶ La ex fiscal de la ONU denuncia que la guerrilla kosovar de Thaçi arrancó vísceras a presos serbios, en una mafia bien consolidada, *inter alias*, de tráfico de órganos. Cfr. *El país*. [http://elpais.com/diario/2008/04/13/internacional/1208037607_850215.html]. Abril 13 de 2008. Recuperado en diciembre de 2013.

¹¹²⁷ POLO, Higinio. Op. Cit, p. 30.

¹¹²⁸ CHOMSKI, Noam. Op. Cit, p. 86.

Lamentablemente, la historia sigue poniendo en evidencia la mercancía valiosa detrás de los derechos humanos, y cómo la justicia se acomoda al interés de los más fuertes, a través de los hilos que manejan al mundo,¹¹²⁹ manejando el poder y usando a sus plebeyos. En suma, los ataques aéreos de la OTAN, lejos de detener la crisis humanitaria, ‘añadió una nueva dimensión’ a la misma, contribuyendo así, al mayor éxodo de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial”.¹¹³⁰ Los hechos indican que deberíamos sacar enseñanzas muy distintas: sobre cómo los poderosos establecen normas para justificar su presunto "derecho soberano de emprender acciones militares" a voluntad (Colin Powell); y cómo los sistemas doctrinarios eficaces pueden reconstruir hasta la historia más reciente. Esas son las lecciones clave, y a quienes se ocupan del futuro les convendría mucho tomarlas en serio.¹¹³¹

Pero la historia no acaba ahí, cuando desaparece el peligro hay que hacerlo reaparecer con la amenaza fantasma,¹¹³² para hacer eco de emplear la fuerza militar y dar merecido a los enemigos de Los EE.UU. Nótese la respuesta militar de la OTAN el 7 de octubre de 2001, con apoyo de la ONU contra Afganistán –en la lucha por los atentados del 11S por el terrorismo islámico– que aún sus propulsores aparentes, continúan padeciendo sin importar sentencia que medie en la infernal Base de Guantánamo. Para esto y mucho más, servirá siempre el pretexto de la guerra.

No es de extrañar, como reflexiona SCHMITT,¹¹³³ que la vieja palabra inglesa *foe* haya despertado de su largo letargo arcaico de cuatrocientos años, y que en los dos últimos decenios haya empezado a volver a usarse junto a *enemy*, en una época que produce medios nucleares de aniquilación y desdibuja al mismo tiempo la distinción entre guerra y paz. El gran problema es y sigue siendo la delimitación de la guerra, la cual no será, sin embargo, más que un juego cínico, una representación de *dog fight*, o un autoengaño sin

¹¹²⁹ CARDEÑOSA, Bruno. *El gobierno invisible*. Think-Tank: Los hilos que manejan al mundo. Madrid: Espejo de Tinta (ed), 2007, p. 15.

¹¹³⁰ MONTROYA PINO, Felipe. Op. Cit, p. 51.

¹¹³¹ CHOMSKI, Noam. Op. cit, p. 87.

¹¹³² Ibid, p. 75.

¹¹³³ SCHMITT, Carl. Op. Cit, p. 48

contenido, si no se la vincula por ambas partes con una relativización de la hostilidad.¹¹³⁴

Lo enunciado sigue ratificando que, la guerra y la política, terminan siendo la industria más rentable para el “negocio” de los derechos humanos, pues en esta dicotomía amigo-enemigo, en el sentido Schmittiano siempre habrá una posibilidad extrema de hacer la guerra: “no hay que entender por lo tanto que la existencia política no sea sino guerra sangrienta, y que cada acción política sea una acción militar de lucha, como si cada pueblo se viese constante e ininterrumpidamente enfrentado, respecto de los demás, con la alternativa de ser amigo o enemigo; y mucho menos incluso que lo políticamente correcto no pueda consistir precisamente en la evitación de la guerra”.¹¹³⁵

Si se hace una mirada al pasado, cuando se atacó en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, la base militar de Pearl Harbor, en Hawái, –como muestra de una ofensiva militar efectuada por las tropas japonesa a los EE.UU–; se documentó todo lo sufrido hasta en el cine, como el sentir de un hecho bárbaro; pero cuando EE.UU atacó con armas atómicas a Hiroshima y Nagasaki en Japón, realmente la humanidad sintió una pérdida de vidas innecesarias bajo la excusa de la guerra.

El Profesor DONALD KAGAN¹¹³⁶ lo explica, cuando manifiesta que, la bomba atómica fue lanzada principalmente por su efecto no tanto en el Japón, sino en la Unión Soviética. Primero, para forzar que los japoneses se rindieran antes de que la USSR entrara en la guerra del Lejano Oriente, y segundo, para demostrar el poderío de la bomba en condiciones de guerra. Sólo de esta forma, podría tener éxito la política de intimidación (sobre la Unión Soviética).

De acuerdo con ALPEROVITZ¹¹³⁷, las bombas atómicas no habían sido necesarias para "acabar la guerra y salvar vidas y... esto lo sabían los líderes norteamericanos de ese tiempo". El objetivo real de ellos, escribió, no era

¹¹³⁴ Ibid, p. 48.

¹¹³⁵ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit, p. 63.

¹¹³⁶ KAGAN, Donald. “Porqué Estados Unidos arrojó la bomba”. En *Commentary*, Septiembre 1995, p. 1. Consúltese en línea en: [<http://www.panzertruppen.org/suscripcion/bomba.pdf>].

¹¹³⁷ Ibid, p. 1-2.

militar sino político; el blanco no era Japón sino la Unión Soviética. Otro contexto no menos importante, el ya referido ataque a las Torres Gemelas en New York, puso en evidencia muchos de los problemas que se creían superados en Occidente: “las múltiples reivindicaciones identitarias, religiosas y étnicas que por la vía violenta se convierten en motivaciones que llevan a la guerra y ponen en el escenario de las relaciones de poder la discusión sobre la denominada guerra preventiva o el ataque global al terrorismo, tesis que el gobierno de George Bush consolidó luego del ataque”.¹¹³⁸

Estos hechos demuestran la convicción de combatir –por parte de los Estados Unidos y sus aliados–, las nuevas amenazas contra la seguridad internacional, ocasionando lo que muchos autores, entre ellos HUNTINGTON,¹¹³⁹ han denominado el “choque de civilizaciones” o “civilizaciones en disputa” como lo señalara JOSETXO BERIAIN.¹¹⁴⁰ Probablemente, se está produciendo un renacimiento de la guerra justa, de la consecución de fines éticos universalistas a través de la intervención coactiva, asimilando “enemigo” con “amenaza para la humanidad”.¹¹⁴¹

Realmente en nuestros días, la guerra justa adquiere el perfil de guerra preventiva en la defensa de los criterios “morales” del sistema neoliberal, esto es, se legitima la guerra siempre que exista la intuición de un peligro para aquellos principios. Se empareja así la amenaza de agresión con la agresión misma, justificándose tanto la guerra ofensiva como la preventiva contra los que presentan un riesgo de alteración de los intereses de occidente.¹¹⁴² Atacar al enemigo público, es pues, el performance y el detonante perfecto, no solo para impulsar normatividad excesiva sino para provocar arbitrariedades legitimadas bajo la lógica de los poderosos, con un discurso donde la guerra, desde la Segunda Guerra Mundial, es la mejor sanción ejemplarizante.

¹¹³⁸PATÍÑO ARISTIZÁBAL, Luis Guillermo. GARCÍA RAMÍREZ, Juan David. “Occidente frente al terrorismo internacional”. En *Analecta política*, Vol. 1, No. 2, 2012, p. 259.

¹¹³⁹ Cfr. HUNTINGTON, Samuel. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. José Pedro Tosaus Abadía, (Trad). Buenos Aires: Paidós, 2001.

¹¹⁴⁰PATÍÑO ARISTIZÁBAL, Luis Guillermo. GARCÍA RAMÍREZ, Juan David. OP. Cit, p. 259.

¹¹⁴¹PORTILLA CONTRERRAS, Guillermo. Op. Cit, p. 125-126.

¹¹⁴² Ibid. p. 126.

Sanciones que, como se puede advertir, tienen sintonía con el uso arbitrario del poder, con prácticas que se construyen simbólicamente a partir del miedo: “se mediatiza la figura de los terroristas, se fabrican los discursos políticos sobre el intervencionismo y la violación de las autonomías propias del modelo de Estados-nación, para dar paso a unos nuevos rasgos en la comprensión de la política internacional”;¹¹⁴³ transformando los derechos humanos en “una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan. Detrás de esto hay otra convicción según la cual quien viola derechos humanos no tiene derechos humanos”.¹¹⁴⁴

6.4. Los que tienen poder para “poder hacer”: el caso de la Base de Guantánamo

Por un lado, un espacio socioeconómico conformado por una lucha inmemorial entre "los poderosos" y "los pobres" se presentaba como el campo de constantes victorias de los ricos y de la policía; pero también como el reino de la falsedad (aquí no se dice ninguna verdad, excepto susurrando y entre los campesinos mismos: "Agora a gente sabe, mas nao pode dizer alto"). En este espacio, los fuertes siempre ganan y las palabras siempre engañan.

Michel de Certeau, *La pratique du quotidien*.

En un contrasentido, mientras la ciencia jurídica avanza con la incorporación de los derechos humanos como preocupación y objeto de estudio, las formas de vulnerarlos y desnaturalizarlos se diversifican, ante una civilización que no vacila en recurrir al terrorismo y a la guerra para exteriorizar sus pretensiones.¹¹⁴⁵ De esta manera lo que aparenta ser una militancia “sana” por los derechos humanos, reafirma muy por el contrario, un imaginario que los convierte en el máspreciado negocio.

¹¹⁴³PATÍÑO ARISTIZÁBAL, Luis Guillermo. GARCÍA RAMÍREZ, Juan David. Op. Cit, p. 259-260.

¹¹⁴⁴HINKELAMMERT, Franz J. Op. Cit, p. 1.

¹¹⁴⁵TAMBUSSI, Carlos Eduardo. “Los derechos del consumidor como derechos humanos”. En *Derechos humanos*. Agustín Gordillo (Coord). 5° Edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005, Cap. IX, p. 11.

Para entender como se refuerza el negocio de los derechos humanos, hay que observar a sus más fieles seguidores y negociantes. Basta advertir, *verbigracia*, como es atacado el violador de los derechos humanos: “aquél catalogado como degenerado, apartado de los principios de la naturaleza humana, convertido en un ser dañino”,¹¹⁴⁶ y, por consiguiente, subvalorado de la categoría de persona, a la de criminal de primera clase por alterar la paz pública. Los Derechos Humanos, ahora sirven para todo, para atacar, contraatacar, para crear normativas represivas, para justificar la mismísima guerra e incluso hasta para matar y sentenciar; pues el poder, es para “poder hacer”. HUNTINGTON lo ilustra de la siguiente manera:

En 1994, Paquistán presenta una resolución en la Comisión de derechos humanos de la ONU que condenaba las violaciones de derechos por parte de la India en Cachemira. Los países amigos de la India se unieron contra dicha resolución, pero también adoptaron esa misma postura dos estrechos amigos de Paquistán, China e Irán, que habían sido blanco de medidas parecidas y persuadieron a Paquistán de que retirara la propuesta. Al no condenar la brutalidad India en Cachemira, decía *The Economist*, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU «la sancionó con su silencio. También otros países quedan impunes pese a sus asesinatos: Turquía, Indonesia, Colombia y Argelia han escapado a la crítica. Así, la Comisión está amparando a gobiernos que practican la matanza y la tortura, precisamente lo contrario de lo que sus creadores pretendían».¹¹⁴⁷

¿Cuál es la razón de tal cosa? La respuesta es simple, los poderosos no pueden ser tocados, la “diplomacia” sobresale, se dice prevenir con ella futuras guerras, pero en últimas, todo queda desdibujado en batallas incesantes por el poder; batallas que pasan por encima de los derechos humanos, sin dar las más mínima importancia a quienes intentan poner límite al arbitrio desmesurado del uso del poder. El negocio se fortalece a su vez, con la aparición de nuevas formas de violencias institucionales, aunque las existentes se mantienen: impunemente se suspenden los derechos humanos básicos, cuando la amenaza se muestra en su forma más cercana,

¹¹⁴⁶HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit, p. 5.

¹¹⁴⁷HUNTINGTON, Samuel. Op. Cit, p. 187.

atropellando a todos aquellos que no le rinden culto al sistema. Lo infalible no encuentra obstáculo, los poderosos no siguen el pacto, y se burlan de los ilustrados derechos humanos, suprimiendo como verdugo la vida del “otro” que pecó por faltar al pacto.

Se puede empezar cuestionando, la sangre que aún rueda por la eterna pena capital que sigue viva, –aunque se proclame que el derecho a la vida es inviolable, por ser *conditio sine qua non* para el ejercicio de los restantes derechos–. Por ello, explica HINKELAMMERT,¹¹⁴⁸ en el caso del matador (el degenerado, que ha renunciado a la razón, declarando la guerra al género humano), se ha ganado en este caso, el premio a ser destruido, lo mismo que se mata un león o un tigre, o cualquiera de las fieras con las que el hombre no puede vivir en sociedad ni sentirse seguro.

Por lo tanto, “el culpable debe ser destruido, toda vez que es un "peligro para el género humano". Ha atropellado "la especie toda" y debe ser tratado como una fiera salvaje. Inclusive ha dejado de ser un ser humano, (...) al cometer el crimen, ha renunciado hasta a sus derechos humanos.”¹¹⁴⁹ La radiografía del uso de la pena capital en el mundo lo pone en evidencia, recordando que más allá de la ley del talión, continúan férreas normas contrarias a la dignidad humana. Incluso en algunos países, como se anotó, la homosexualidad es castigada con pena de muerte.¹¹⁵⁰ Se trata de un "estado de igualdad perfecta" en el que cualquier hombre tiene el derecho de castigar a un culpable, haciéndose ejecutor de la ley natural. Por eso, éste culpable es transformado en un verdadero monstruo (...).¹¹⁵¹

¹¹⁴⁸HINKELAMMERT, Franz J. Op. Cit, p. 5.

¹¹⁴⁹Ibid., p. 5.

¹¹⁵⁰Cfr. ITABORAHY, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*. Informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), Mayo 2012. [En línea]<http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2012.pdf>. [Consultado diciembre de 2012].

¹¹⁵¹HINKELAMMERT, Franz J. Op. Cit, p. 5.

ILUSTRACIÓN 15. Radiografía de la pena de muerte <small>1152</small>	Norte América Estados Unidos	Asia y Oceanía	□ Europa y Asia Central	Oriente Medio y Norte de África	África Subsahariana
La prehistórica ley del talión aún se conserva en algún lugar geográfico del planeta	Es el único país de América en el que se llevan a cabo ejecuciones, se impusieron al menos 110 penas de muerte en 2010. En marzo de 2011 Illinois y Maryland en el año 2013, han sumado 17 Estados en abolir la pena capital. Pero treinta y tres Estados todavía prevén en sus legislaciones la pena de muerte. Aún sigue presente la aberración jurídica de la pena de muerte impuesta a George Junius Stinney, menor negro de 14 años de edad, que fue sentenciado en el Palacio de Justicia del Condado de Clarendon, y ejecutado en la silla eléctrica en Carolina del Sur en Junio 16 de 1944.	En 2010, Amnistía Internacional no pudo confirmar ninguna cifra global respecto al uso de la pena de muerte en China, Corea del Norte, Malaisia, Singapur y Vietnam, pero tuvo noticia de que se habían llevado a cabo ejecuciones en todos estos países. Se recibió información según la cual se habían llevado a cabo al menos 82 ejecuciones en otros cinco países de la región. En 2010, en 11 países (Afganistán, Brunéi, Corea del Sur, Indonesia, India, Laos, Maldivas, Myanmar, Pakistán, Sri Lanka y Tailandia) se impusieron penas de muerte, pero siguieron sin llevarse a cabo ejecuciones. En Oceanía siguieron sin imponerse penas de muerte ni llevarse a cabo ejecuciones.	Después de que en 2009, por primera vez en la historia, no se hubiera llevado a cabo ninguna ejecución en Europa ni en la ex Unión Soviética, las autoridades bielorrusas llevaron a cabo dos en marzo de 2010. En Bielorrusia se impusieron tres nuevas penas de muerte en 2010.	Las autoridades iraníes reconocieron que en 2010 se había ejecutado a 252 personas, entre ellas cinco mujeres y una condenada por delitos cometidos cuando era menor de edad. Amnistía Internacional recibió informes dignos de crédito según los cuales a estas ejecuciones habría que añadir las más de 300 no reconocidas oficialmente, la mayoría de ellas llevadas en cabo en la prisión de Vakilabad, en la localidad de Mashhad. La mayoría de éstas últimas lo fueron por delitos relacionados con drogas. En Irán se ejecutó a 14 personas en público y continuaron imponiéndose numerosas penas de muerte.	En 2010, un Estado africano más, Gabón, suprimió la pena de muerte, con lo que se elevó a 16 los países abolicionistas miembros de la Unión Africana.

¹¹⁵² Países que mantienen la pena de muerte para delitos comunes: Afganistán, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Autoridad Palestina, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belice, Bielorrusia, Botsuana, Chad, China, Comoras, Corea del Norte, Cuba, Dominica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, Gambia, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guyana, India, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Lesoto, Líbano, Libia, Malaisia, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, República Democrática del Congo, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Sudán del Sur, Tailandia, Taiwán, Trinidad y Tobago, Uganda, Vietnam, Yemen, Zimbabue. Cfr. Amnistía Internacional. Informe sobre condenas a muerte y ejecuciones: Los países que llevan a cabo ejecuciones, aislados tras una década de avances. [<http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/report/pm-2010-paises-ejecuciones-aislados-2011-03-28>]. [<http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT50/001/2013/en/492ee41d-9c97-4f73-ba08-2112045b6349/act500012013es.pdf>].

Sólo Estados Unidos de Norte América, amenaza activamente el derecho a la vida con la pena de muerte en el continente americano, y sólo EE.UU., mantiene terapias de shock prolongando muertos en vida en Cuba, con la Base Militar de Guantánamo. *¿Por qué persiste tal situación?* Dicho cuestionamiento puede hallar una fácil, pero lamentable respuesta; sin lugar a dudas, la postmodernidad ha fortalecido la permanencia de algunos “monstruos” y ha creado una situación en la que no parece existir una base jurídica sólida para desmontar la Base, o mejor dicho, la Cárcel de Guantánamo. Las vistas gordas se hacen para darle mantenimiento, pese a su manifiesta permanencia con arbitrariedad. Así se siguen burlando los poderosos de los ilustrados derechos humanos, castigando a los que son sentenciados con la pérdida de los mismos derechos humanos.

El origen de tal cosa, parte de la famosa *Enmienda Platt* en 1901, que sobrevino con la intervención de EE.UU en el tratado de paz firmado en París en 1898, posibilitando la “independencia” de Cuba, apareciendo como el héroe salvador que la liberaría de la colonización española, pero al mismo tiempo, le impuso un régimen de no independencia, garantizando en un tratado y en la misma Constitución, la permanencia en su territorio. En la actualidad, la ocupación se mantiene, para nadie es un secreto la forma como se imponen Los EE.UU, pasando por encima de la soberanía de terceros Estados, en algunos casos, violando también, los tan protegidos derechos humanos proclamados en diferentes instrumentos internacionales que pregonan su universalidad.

En lo que respecta a la controvertida Cárcel de Guantánamo, que ni la presión internacional por los escenarios de barbarie que ahí se cometen, —mayoritariamente contra ciudadanos de Afganistán por los atentados del 11 de septiembre de 2001— ni el actual presidente Obama, han logrado su clausura. Dado que en la lógica estadounidense, ésta cárcel alberga terroristas “enemigos de la humanidad”.¹¹⁵³

¹¹⁵³PALACIOS VALENCIA, Yennesit. “Derecho penal y castigo”. Op. Cit, p. 146.

Para seguir manteniendo dicho imperio, no sólo político sino militar, los atentados del 11S, emprendieron el fortalecimiento de políticas de seguridad en la lucha contra el terrorismo, esencialmente para combatir a supuestos criminales internacionales de máxima peligrosidad. Como expresa KLEIN, se le había otorgado “luz verde a Washington, y ya no tenían ni que preguntar al resto del mundo si deseaban la versión estadounidense del «libre mercado y la democracia»: ya podían imponerla mediante el poder militar y su doctrina de shock y conmoción”,¹¹⁵⁴ que encontraría en la sangrienta Cárcel de Guantánamo el escenario perfecto para su aplicación. Dicha cárcel aparece como un arma homicida, siendo la muestra única del relato no “oficial” de los muchos que allí languidecen: MAMDUH HABIB, un australiano que fue encarcelado, lo declaró:

Guantánamo es un experimento [...] y el lavado de cerebro es el objetivo de ese experimento». Ciertamente, de los testimonios, informes y fotografías que se han filtrado de Guantánamo, se desprende la sensación de que el Allan Memorial Institute de los años cincuenta se ha teletransportado a Cuba. Al ingresar en la cárcel, se les coloca una capucha a los detenidos, anteojos oscuros y pesados cascos que les privan de escuchar sonidos, ver imágenes o conservar nociones espacio-temporales. Les dejan aislados en sus celdas durante meses, y sólo salen para recibir un bombardeo de ruidos, como ladridos de perros, luces centelleantes y grabaciones sin pausa de bebés llorando, música a toda potencia y maullidos de gatos.¹¹⁵⁵

Por consiguiente, asistimos a una época en la que de manera flagrante, “se tambalean los principios del Estado de derecho liberal, pues no se trata de perseguir los delitos y prevenir peligros concretos, sino de evitar riesgos siquiera imaginables, renunciando a la individualidad y a los derechos del sujeto”.¹¹⁵⁶ El mantenimiento de Guantánamo, por las políticas de seguridad que emanan de los Estados Unidos de Norte América, donde el Estado no dialoga con sus ciudadanos, sino que combate a sus enemigos con la implantación de terapias de shock que subyacen contra humanos

¹¹⁵⁴ KLEIN, Naomi *la doctrina del shock*. El auge del capitalismo del desastre. Isabel Fuentes García, Albino Santos, y otros, (Trad). Barcelona: Paidós, 2008, p. 11-12.

¹¹⁵⁵ *Ibid*, p. 67.

¹¹⁵⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Op. Cit, p. 54.

en laboratorios de tortura,¹¹⁵⁷ es un escenario de aplicación de las *teorías de Cameron*,¹¹⁵⁸ por la creencia de que llevar a pacientes a un estado de regresión crearía las condiciones ideales para el «renacimiento» de ciudadanos de impecable comportamiento. Los métodos van desde la consabida privación sensorial hasta posiciones de estrés, capuchas y técnicas para infligir dolor.¹¹⁵⁹ Prácticas que en principio parecían propias de regímenes totalitarios (Hitler lo ha demostrado), ahora son la excusa para combatir peligros en sistemas democráticos.

Con esta lógica se consolidan “sistemas penales subterráneos”¹¹⁶⁰ que funcionan al margen de la legalidad, con muertos y heridos en las cárceles y cuando no con detención provisional, a la espera de sentencia, sin la rapidez prevista para el debido proceso, lo cual es manifiesta violación del principio de presunción de inocencia, con una manera de anticipar la condena. De este modo el Derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico.¹¹⁶¹ “El primero en cuanto a se caracteriza por el crecimiento de la población reclusa y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de las penas. Y en cuanto a lo segundo, porque acude siempre más a menudo a leyes-manifiesto a través de las cuales la clase política reacciona a las acusaciones de laxismo del sistema penal por parte de la opinión pública. Reacción

¹¹⁵⁷ La tortura, o por utilizar el lenguaje de la CIA, los «interrogatorios coercitivos», es un conjunto de técnicas diseñado para colocar al prisionero en un estado de profunda desorientación y shock, con el fin de obligarlo a hacer concesiones contra su voluntad. La lógica que anima el método se describe en dos manuales de la CIA que fueron desclasificados a finales de la década de 1990. En ellos se explica que la forma adecuada para quebrar «las fuentes que se resisten a cooperar » consiste en crear una ruptura violenta entre los prisioneros y su capacidad para explicarse y entender el mundo que les rodea. Primero, se priva de cualquier alimentación de los sentidos (con capuchas, tapones para los oídos, cadenas y aislamiento total), luego el cuerpo es bombardeado con una estimulación arrolladora (luces estroboscópicas, música a toda potencia, palizas y descargas eléctricas). Véase KLEIN, Naomi. *la doctrina del shock*. Op. Cit, p. 6 y 23.

¹¹⁵⁸ Ibid, p. 71

¹¹⁵⁹ Ibid, p. 71

¹¹⁶⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. Op. Cit, p. 98.

¹¹⁶¹ En efecto, el profesor Jakobs afirma que “los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho Penal, de manera que en realidad sería incorrecto el discurso del “Derecho penal simbólico como fenómeno extraño al Derecho penal. Al respecto veáse en su primera edición: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit, p. 67.

esta que recuerda a una especie de derecho penal mágico, cuya función principal parece ser el exorcismo”.¹¹⁶²

Indudablemente, en el ejercicio del poder punitivo, la autoridad reinante de los poderosos sigue dependiendo en gran medida del ejercicio de la fuerza, y sigue dependiendo precisamente, de los avances en la capacidad para hacer la guerra, y por su puesto, depende también, de la superioridad en la aplicación de la violencia organizada,¹¹⁶³ que está regulada de cierta manera, consiguiendo esencialmente una vulneración constante a los derechos humanos, pues no escapan de la represión acaecida por los dueños del sistema, que a toda costa, necesitan siempre de un culpable, sobre el que recaiga el peso de un castigo, cualquiera que sea. El efecto Guantánamo¹¹⁶⁴ es un ejemplo claro, hasta hoy se encuentra en un limbo e incertidumbre jurídica, respecto de las personas acusadas como criminales sin juicio ni condena. terr

Al respecto, JONATHAN M HANSEN, profesor de la Universidad de Harvard, opinó en un artículo reproducido por el diario *The New York Times*, que la base en el Sur de Cuba es un “enclave imperialista relacionado con el pasado”. Por ello organizaciones de derechos humanos desarrollaron en enero de (2011), frente a la Casa Blanca, acciones para demandar la clausura de lo que califican como un “sitio donde se perpetúa la infamia”.¹¹⁶⁵

¹¹⁶²MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. Op. Cit. p. 305.

¹¹⁶³HUNTINGTON, Samuel. Op. Cit, p. 44.

¹¹⁶⁴HERRERA FLORES. Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Op. Cit, p. 63.

¹¹⁶⁵A 10 años de abierto el campo de detención en Cuba, más de un centenar y medio de personas permanecen recluidas allí en un limbo judicial, sin la formulación de ningún cargo. Numerosas denuncias señalan que en esa cárcel se tortura a los prisioneros y se violan sus derechos humanos al aplicar el confinamiento solitario, algo en lo que Estados Unidos ocupa el primer lugar mundial con más de 20 mil casos, de acuerdo con informes de la Organización de las Naciones Unidas.

Lo anterior, a juicio de analistas políticos constituye ante la legislación internacional una vergüenza para el gobierno que “certifica”, anualmente, el respeto a los derechos humanos de las demás naciones. El 11 de enero de 2002, la administración del expresidente George W Bush envió a la instalación los primeros prisioneros sospechosos de cometer actos terroristas, supuestos integrantes de Al Qaeda, insurgentes talibanes y otras personas. Desde entonces, 779 individuos fueron recluidos, de los cuales ocho murieron y 171 todavía se encuentran encarcelados, señalan cifras del Departamento de Defensa de ese país. El representante por el estado de Washington, Adam Smith, el demócrata de mayor rango dentro del Comité

Esta situación resulta incomprensible desde cualquier análisis, cuando quienes tienen el mayor control del mundo no aceptan la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de sus nacionales, pues se prefiere en la supuesta búsqueda de la paz, el retorno a la guerra justa y preventiva como paradigmas del sistema penal,¹¹⁶⁶ lejos de garantizar seguridad jurídica y el respeto a los derechos humanos, disponiendo de la fuerza y del uso de las armas, para hacer justicia sin intervención de Tribunales Internacionales que podrían fundamentar verdaderos fallos en derecho, respetando la dignidad humana y las garantías mínimas de un debido proceso legal para cualquier implicado. Esta situación visibiliza un horizonte bastante inquietante, en la medida que hasta los derechos humanos terminan siendo víctima del imperio político y militar de las grandes potencias, en un escenario mundial que parece no tener límites ni reversa.

Por ello, a continuación se mostrará claramente como en la praxis el Derecho penal internacional también se está contaminado. Lo cual, no necesariamente indica, que sea un sector menos importante, antes por el contrario, necesita una transformación coherente con los cambios sociales respecto a la efectiva protección de los derechos humanos.

6.5. El Derecho penal internacional: una Estrategia para reducir peligros en la “sociedad del riesgo”

Se contextualizó el caso de Kósovo, sin desconocer el efecto Guntánamo, para ver cómo reaccionan los diferentes sistemas y no sólo penales sino también militares, para atacar los supuestos riesgos, lo cual usa deslegitimadamente puro combate contra el enemigo. Esto debe llevar a reflexionar el papel que tendrá el Derecho penal internacional, pues si lo accesorio surte la suerte de lo principal, podría en este caso

de Servicios Armados de la Cámara de Representantes, criticó a la Casa Blanca por “no tener en cuenta los beneficios que traería a la seguridad nacional el cierre de la instalación; sigo creyendo que ese centro de detención constituye un *punto negro* para nuestra nación de cara al extranjero, y tenemos la capacidad de cerrarlo, algo por lo cual debemos trabajar”. Cfr. BRIZUELA BRÍNGUEZ, Luis. “Estados Unidos Mantiene Cárcel de Guantánamo”. Prensa Latina 6. abril, 2012. Para ampliar esta información consúltese el sitio web: <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2012/04/06/estados-unidos-mantiene-carcel-de-guantanamo/>.

¹¹⁶⁶PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, Op. Cit, p.120.

pensarse, siendo una vertiente apenas naciente e inspirada para combatir a grandes criminales, que seguiría la suerte del monopolio de la fuerza creado en la comunidad internacional, justamente para combatir los “macrocrímenes”, en esta época de la temida sociedad del riesgo.

El discurso del derecho penal de la sociedad de riesgo, como su nombre lo indica, tiene sustento en la aparición de nuevas situaciones de peligro, puesto que, en la actualidad, se perciben claramente, cambios trascendentales en la comprensión de la sociedad, la cual ha evolucionado sin darnos cuenta, de una sociedad de clases a una sociedad de “riesgos”, donde los aparatos institucionales están dirigidos, principalmente, a la reducción peligros derivados de las más diversas conductas y comportamientos sociales. Al tal punto que se observa con mayor persistencia, el desarrollo de un Derecho penal que es cada vez más sensible a todos los peligros que pueden verificarse en las más diversas actividades humanas.¹¹⁶⁷

De esta manera, acudiendo al Derecho penal internacional, este aparece como una herramienta preventiva, vista hacia el futuro, como factor de coacción, de intimidación, ante una sociedad que se cree estar consumida en el riesgo. Motivo por el cual se valoran crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales peligros, a determinadas personas individuales o colectivamente consideradas, pretendiéndose así, combatir la impunidad en caso de crímenes internacionales. De manera que: “el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad”.¹¹⁶⁸

Situación que ha llevado a la sociedad a interiorizar un exagerado sentimiento de inseguridad¹¹⁶⁹, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos

¹¹⁶⁷CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Op. Cit, p. 17 y Ss.

¹¹⁶⁸DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, p. 3-4. [En línea]. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. 2005>.

¹¹⁶⁹CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit, p. 3.

o lesivos¹¹⁷⁰. Pero en el escenario internacional, la lucha contra la impunidad aún devela dudoso papel, pues como insiste REMIRO, incluso los Estados democráticos que han asumido la idea de la jurisdicción penal internacional mantienen un enfoque maniqueo que contempla su sólo participación como jueces, pues desde Kósovo hasta Irak:

La motivación universalista que les mueve a perseguir a los espondones jubilados que antes sirvieron sus intereses se desvanece en un rimerio de alambicadas alegaciones sobre la doctrina del acto político, la severa aplicación de la legitimidad para la acción y la inadmisibilidad de denuncias y querellas cuando se trata de instruir una causa criminal contra los representantes del propio Estado. No hay al parecer, tribunal internacional o estatal dispuesto a conocer los posibles crímenes extraterritoriales de los benefactores.¹¹⁷¹

Los problemas no se detienen ahí, sino que además la presión de la sociedad del riesgo incita a una política-criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en “motivo dominante de la ordenación de la vida social, y como el Derecho penal, ciertamente, debe sentirse vinculado al pensamiento democrático, está en la obligación de medir y traducir la discusión político criminal entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública, de otro, que actualmente presenta dicha tendencia”.¹¹⁷²

Esa sensación constante de inseguridad,¹¹⁷³ es la que necesariamente se ha traducido en la aparición de un *corpus iuris* en el derecho internacional que está legitimando prácticas antidemocráticas, inclusive, en el mismo marco de las Naciones Unidas, que simbólicamente, lejos de los intereses para los cuales fue creada, en la conservación de la paz y la seguridad de las naciones, ha generado también un ambiente de confusión en la forma como aplica y varia sus preceptos indistintamente para uno u otro Estado, en atención al grado de poderío que puedan ostentar, como

¹¹⁷⁰ *Ibidem*

¹¹⁷¹ REMIRO BROTÓNS, A. “Crímenes y Tribunales Internacionales”. En *política exterior*, núm. 115, 2007, p. 150.

¹¹⁷² PÉREZ CEPEDA, Ana. Op. Cit. p. 23.

¹¹⁷³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 28

arbitrio de la efectiva protección de los derechos humanos. Siendo por ello, también una instancia de peligro o de riesgo.

El Derecho penal internacional también se ve afectado o surge en medio de los malestares de la sociedad del riesgo, de hecho su nacimiento se asocia como un derecho de naturaleza militar después de lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial. Aunque el contexto actual, no es el mismo, el poder sancionatorio se excusa en la lucha contra el terrorismo, precisamente para combatir a sujetos que son considerados criminales internacionales por la peligrosidad de sus acciones., lo cual engendra el desarrollo de abusivas políticas de seguridad de orden global.

De manera que, la Corte Penal Internacional no aparece de manera gratuita (Nüremberg lo ha dejado claro), nace directamente para atacar actores bien específicos en el contexto internacional, pues es una respuesta a la oleada contra la “macrocriminalidad”,¹¹⁷⁴ y los “macroacontecimientos” con relevancia para la guerra y el derecho internacional”; lo cual se diferencia cualitativamente de las conocidas formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado. Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta, por obvias razones, en la concepción de los crímenes internacionales tal como ha sido ahora consagrado en los arts. 6 a 8 del ER.

Los crímenes contra la humanidad, sustentados en el ER, inclusive el genocidio, ya no requieren ser asociados a un conflicto armado para que puedan ser criminalizados como violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, “bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión —también no estatal— determinado, generalizado y sistemático. Respecto de los crímenes de guerra, éstos pueden ser cometidos por las partes en conflicto, y por ello penados, no

¹¹⁷⁴ Comprende fundamentalmente, “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, Véase al respecto AMBOS, kai. *La parte General del derecho penal*. Op. Cit, p. 44-47.

sólo —como “grave breaches”— en un conflicto internacional, sino en todo conflicto armado (no internacional). El concepto de macrocriminalidad política se debe extender, por tanto, según una comprensión moderna del Derecho penal internacional a los actores no estatales.¹¹⁷⁵ En general, se puede aludir a que la Corte Penal Internacional tiene un carácter *sui generis*, por ello, en palabras de Pierre Matus, parece haber acuerdo en que los sistemas procesales reales se han dividido en dos grandes grupos:

Los más bien inquisitivos y los más bien adversariales; cuya concepción ha generado una nueva clase de sistema de corte híbrido o combinado (...). Pero en cuanto los fines de la pena, en el derecho penal internacional en jurisprudencias anteriores a la Corte Penal Internacional, en la Sala de Apelaciones el Tribunal para la Ex Yugoslavia ha ratificado que: “los principales fines de la pena en su jurisdicción son la retribución entendida como -una expresión de condena por la comunidad internacional en ocasión a la terrible naturaleza de los crímenes cometidos- y la disuasión, no excluyendo la rehabilitación al momento de determinar la pena ni el mantenimiento de la paz social como resultado de la misma.”¹¹⁷⁶

Sin embargo, aún cuando se acepte la presencia de elementos kantianos, en estas teorías de la pena que han adoptado todos los tribunales penales anteriores a la Corte Penal Internacional, ello no parece tener ningún efecto sobre la teoría del delito¹¹⁷⁷ que allí se sigue, hasta el momento de acuerdo con la dicotomía *offence/defenses* del *common Law*.¹¹⁷⁸ En estos términos *el Derecho penal postmoderno* no acoge en sus finalidades la protección de la persona humana, de ahí

¹¹⁷⁵Ibid. p. 44-47.

¹¹⁷⁶Ibid. p. 117-133. Una de las características de este nuevo sistema procesal, en el derecho penal internacional, serían las facultades que se le otorgan al tribunal para “gerenciar” los recursos disponibles (magistrados, salas, funcionarios, audiencias, defensa, fiscalía, etc.), con vista a obtener el mayor número de resoluciones en el menor tiempo posible, de manera que no sólo se alteran las funciones tradicionales de los jueces tanto en el sistema adversarial como en el inquisitivo [...]. Recogiendo así, en palabras del autor, una teoría unitaria de la pena, con reminiscencias tanto de Kant como de Bentham, muy de acuerdo con el estado de la filosofía anglosajona en la materia.

¹¹⁷⁷Cfr. PIERRE MATUS, Jean. *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*. Colección: Justicia penal. Barcelona: Atelier, libros jurídicos, 2003.

¹¹⁷⁸Esto es, como dice Pastor, por una parte, el origen de la formación de la mayoría de los operadores, y por la otra, la historia unilateral del derecho penal internacional como sistema *common law*. Cfr. PASTOR, Daniel. Op. Cit, p. 166 y ss.

su carencia de legitimidad, se ha convertido en un puro instrumento político, no de pura reafirmación de los propios valores, sino que se le está asignado tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública.¹¹⁷⁹

Corolario de lo anterior, aparece un derecho penal de máxima intervención, un *derecho penal de segunda velocidad*,¹¹⁸⁰ que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas, que está sacando a la luz la sociedad del riesgo,¹¹⁸¹ frente a supuestos que podrían afectar directamente a la comunidad internacional, que, justamente con miras a contrarrestar la nueva criminalidad, ante una sociedad que define una tipología de enemigos, está tratando de asegurar su conservación, con la exclusión social de ciertos delincuentes que han violado el pacto, ante la expectativa de reincidir en dichas conductas. Desde este punto de vista, acorde con la teoría de los sistemas de LUHMANN, la norma sirve de base para afianzar y guiar al individuo en el cumplimiento del derecho, en tanto, sean: “expectativas de conductas estabilizadas contrafácticamente”¹¹⁸² –término acuñado también por Jakobs- de acuerdo con esto:

La norma tiene como función disminuir el nivel de complejidad, asegurando al individuo una orientación positiva del futuro, que privilegie sus expectativas. Las expectativas normativas descansan en la seguridad y el mantenimiento del sistema, por ello el propio sistema ha de incluir la forma de superación de las frustraciones con el propósito de que el asociado pueda superar la conducta discrepante sin cuestionar la norma; la forma más contundente de asegurar dicha expectativa es la sanción.¹¹⁸³

Esta relación dinámica norma-sanción se fundamenta en que el derecho, en cuanto válido, puede ser exigido.¹¹⁸⁴ Dichos incrementos de la intervención penal

¹¹⁷⁹PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. Cit., p. 23.

¹¹⁸⁰DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 7.

¹¹⁸¹Ibíd. p. 7.

¹¹⁸²HENAO CARDONA. Luis Felipe ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? Op. Cit, p. 504. En este mismo sentido, ver también a JAKOBS, Günter, *Manual de derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (trad.), Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 10.

¹¹⁸³Ibíd. p. 504.

¹¹⁸⁴CARDINA HENAO, Luis Felipe. Op cit. p. 504.

derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada; ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes y de las técnicas para controlarlos, lo que explica la aparición de potentes movimientos sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos y que cuentan con un sólido apoyo de la ciudadanía a sus demandas.¹¹⁸⁵

En esta medida, lo que se puede observar es que el derecho no funciona como valor agregado, no sirve como herramienta de control y direccionamiento social, que permita reducir, y, quizás, eliminar estos nuevos riesgos, donde el verdadero factor de preocupación no es más que la persona misma.¹¹⁸⁶ Por ello, apoyando la tesis de CHIRINO SÁNCHEZ, “nos hemos convertido en nuestros peores enemigos y el derecho penal se ha levantado como una herramienta contra estos enemigos”.¹¹⁸⁷ Pues bien, el derecho penal del enemigo, la «tolerancia cero», la instrumentalización de las víctimas, forman parte del Derecho penal postmoderno cuando se tiene como finalidad la seguridad en la sociedad del riesgo, pero también es consecuencia del uso simbólico del Derecho penal y de la propia crisis del Estado social y democrático de Derecho.¹¹⁸⁸

Este derecho penal mal llamado de seguridad, “no es más que otro mecanismo sutil para derruir y, en algunos casos, eliminar el papel de los derechos subjetivos de los seres humanos y elevar el rango constitucional un poderoso constructo de nuestros días que recibe el nombre de “derecho fundamental a la seguridad”,¹¹⁸⁹ que es otra invención más de la modernidad, donde el derecho internacional se ha quedado corto perdiendo aceleradamente criterios de legitimidad en la medida que sus postulados en todo o en parte, se alejan de las necesidades reales frente a la protección de los

¹¹⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 7.

¹¹⁸⁶ Dice el autor, que el proceso de legitimación y de justificación de los cambios en el derecho sustantivo y en la política criminal es, a pesar de sus incalculables consecuencias, bastante sencillo, y se basa en la receta mágica de “más de lo mismo”, con la cual hemos construido, desde ya hace bastante años, la típica política penal de nuestros días. Cfr. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Op. Cit. p. 18.

¹¹⁸⁷ *Ibíd.* p. 18

¹¹⁸⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Op. Cit. p. 25-26.

¹¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 19

derechos humanos que pregonan los “adversarios” que ejercen el poder, a los que, por obvios motivos, no se les acuña el calificativo de “enemigos” porque es de ellos de donde emana la fuerza para gobernar.

Pero indistintamente de donde provenga esta potestad soberana, hay que hacer un alto en el camino, para tratar de entender de que “[...] no somos nada sin derechos. Los derechos no son nada sin nosotros. En este camino no hemos hecho más que comenzar”¹¹⁹⁰. Y aunque mal se hable de “enemigos”, todos somos seres humanos con diferentes formas de pensar y de actuar, ante las complejidades que acarrea el vivir en sociedad, en aceptar al otro, como simplemente eso, “lo otro”, sin necesidad de dar ningún calificativo o denominación que subvalore y extinga, lo que da significado y alcance para ser sujetos derechos.

Ahora bien, *¿Que resta por hacer?* La respuesta no es nada fácil de formular, a sabiendas de que los derechos humanos son utilizados confusamente según el fin que se persiga. Empero, indistintamente de cómo se empleen en el discurso, aún con la influencia de fuerzas extrañas, en el nuevo paradigma del derecho a la seguridad en la sociedad del riesgo/versus los derechos humanos, éstos, deben cumplir un papel fundamental en la reivindicación del ser humano, con miras a limitar el poder de los soberanos en pro de salvaguardar la vida misma. Efectivamente, hay que apostarle a la enseñanza y a la práctica de los Derechos Humanos en cada contexto y lugar, desde una forma que transforme a la hora de reivindicar el poder de los derechos

6.6. El discurso de la emergencia como detonante del derecho penal del enemigo en el poder penal internacional

Existe una marcada tendencia que apunta, como bien se explicó en los capítulos anteriores, a que se está generando persecución, castigo y etiqueta, en ciertos individuos o colectivos sociales, en ocasión no sólo a la actividad delictiva que han ejercido, sino por el estigma social que los excluye y recrimina por ser síntomas de

¹¹⁹⁰HERRERA FLORES, Joaquín. *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwe, 2000, p .78.

malestar, razón por la cual son tratados como extraños objetos de sumisión. De esta forma, en el caso del enemigo-delincuente, la pena tomaría sentido sí es un instrumento para neutralizarlos. Tal cosa sucede porque hay una lucha preventiva donde la “pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la ocasión para neutralizar a un sujeto peligroso”,¹¹⁹¹ al enemigo.

Enemigo que viene siendo combatido desde antaño sí se analiza la guerra contra el extraño –exterminado–, partiendo del período de entreguerras, fase que además marcó, las bases sólidas del nacimiento del Derecho penal internacional como fórmula para contrarrestar a quienes colocaron en crisis la paz y la seguridad internacionales. De hecho, durante la Segunda Guerra Mundial era común que los doctrinantes hiciesen referencia a la antinomia *Derecho penal liberal/derecho penal autoritario*¹¹⁹². Con abundante referencia a la legislación fascista, nazista y soviética. Donde el nombre de derecho penal autoritario era asumido por sus propios partidarios sin ningún reparo.¹¹⁹³

Por ello puede afirmarse que la idea de combatir a los enemigos aunque ha estado presente desde épocas remotas, es una teoría que se ha construido paulatinamente, sobre todo con “posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en un Derecho penal *consuetudinario* con obligaciones de *punir* para todo el mundo, –un inaudito *ius cogens* ¡penal!–¹¹⁹⁴, así han aparecido tribunales bien sean nacionales o internacionales, desarrollándose un engendro que se puede englobar bajo el nombre de poder penal internacional, que se identifica por la aplicación de los cuerpos judiciales de unos sistemas normativos internacionales que se pueden reconocer en textos convencionales o deducir, de prácticas uniformes y que tienden a la represión de

¹¹⁹¹PASTOR MUÑOZ, Nuria. “El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro de peligro”. En M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, Vol. 2., 2006, p. 523.

¹¹⁹²MUÑOZ CONDE, Francisco. “Nuevo Derecho penal autoritario”. *Nuevo foro penal*, 2003, nº. 66, pp. 15-41.

¹¹⁹³ZAFFARONI. *El derecho penal liberal y sus enemigos*. Op. Cit. 153.

¹¹⁹⁴PASTOR, Daniel. “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”. M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. 2, 2006. p. 487 y Ss.

hechos calificados como delitos del derecho internacional,¹¹⁹⁵ que suelen ser llamados vagamente “crímenes de derecho internacional”,¹¹⁹⁶ y se descomponen precisamente de manera habitual, en los cuatro delitos ya mencionados de competencia de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, se ha visibilizado a lo largo de este trabajo que aún continúa la campaña extrema en la lucha por combatir la criminalidad organizada y diversos fenómenos que se agudizan con el paso del tiempo, pues los derechos humanos siguen siendo violentados y el derecho penal viene sufriendo transformaciones, que ponen en duda la actuación del poder punitivo al surgir contradicciones que lo debilitan. Empero, se ha buscado como vía alterna la construcción normativa del Derecho penal internacional, como área que subsume principios básicos de orden internacional ante el fracaso del poder estatal en la lucha contra la criminalidad y el respeto a los derechos humanos. No obstante, aún en la actualidad no se puede decir que la antinomia *Derecho penal liberal/derecho penal autoritario* haya desaparecido:

El actual contexto político y científico de la expansión del derecho penal, genera la creación de delitos nuevos, la imposición de penas cada vez más severas y la búsqueda de una mayor eficacia –obviamente represiva– frente a la criminalidad (...). En definitiva se postula un derecho penal más riguroso, en sus vertientes sustantiva, procesal y penitenciaria y –también– una intervención policial más contundente, sólo limitada por criterios de eficacia.¹¹⁹⁷

Esta situación hace cuestionar no sólo el quehacer del Derecho penal, o su existencia, sino su efecto práctico, en cuanto a la vulneración constante de libertades fundamentales. Pues aparecen sistemas penales como instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades, mientras que los derechos humanos señalan un programa realizador de igualdad de derechos de largo alcance.¹¹⁹⁸ Esto hace que estas áreas entren en choque de manera persistente, aún con la conexión entre la consagración de principios de derecho internacional y la teoría de los

¹¹⁹⁵Ibid. p. 488.

¹¹⁹⁶Ibid. p. 488.

¹¹⁹⁷LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo derecho penal*. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant monografías 639. 2009, p. 55.

¹¹⁹⁸ZAFFARONI, Eugenio. En torno de la cuestión penal. Op. Cit. p. 112.

derechos humanos de la que se deriva el derecho penal internacional,¹¹⁹⁹ –y con todo el peso de la ideología humanista que lo irradia– por la inclinación un poco constante, de la lucha contra la impunidad entre los gobiernos de diferentes Estados, que caen en la opresión. Lo cual tiene como consecuencia el remplazo de un mal con otro, al caer en la tiranía, ante la moda del combate y la ideología de la emergencia como imaginario que predomina.

Desde este punto de vista, es la característica común del autoritarismo¹²⁰⁰ de todos los tiempos, –también del actual– la invocación de la necesidad de una emergencia. Se crea en el imaginario social, una era de terror donde el derecho mismo es instrumento de desesperanza, en un mundo que dice estar globalizado, donde los sistemas jurídicos se estandarizan como resultado de una sociedad de la seguridad, que crea pautas a seguir en el orden global, unificándolas en pro de cierto actores, creándose una fuerte tendencia en el derecho con modelos universales legítimos a seguir. Estableciéndose así, una falsa idea de globalización del derecho con la múltiple aparición de diferentes instrumentos internacionales que pretenden tener aplicabilidad universal.

Todo ello en un discurso legitimante en la hora actual del derecho penal autoritario, integrado fundamentalmente por las políticas de tolerancia cero –es decir, de la radicalización de la intolerancia– de origen norteamericano y por el derecho penal del enemigo, fruto de la cultura europea –sobre todo la alemana– de la emergencia y la excepcionalidad.¹²⁰¹

¹¹⁹⁹ROPERA CARRASCO, Julia. “La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el derecho penal: más allá de los crímenes internacionales”. Antonio Rafael Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García, (coords). En: *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2009, p. 261.

¹²⁰⁰ZAFFARONI, Eugenio. *El derecho penal liberal y sus enemigos*. Op. Cit. p. 157.

¹²⁰¹LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 27.

Como consecuencia, en ambos casos se recurre a la emergencia para legitimar el ejercicio arbitrario del poder punitivo, y lo que surge, es una crisis profunda del Derecho.¹²⁰² Crisis de credibilidad que se manifiesta porque a pesar de las Constituciones y declaraciones de derechos, estatales, continentales, internacionales, los hombres hoy son incomparablemente más iguales, en derecho que en el pasado, pero más desiguales¹²⁰³ a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctima miles de millones de seres humanos, y, por tanto, lo que surge claramente es una eficacia simbólica del derecho. De esta forma, este discurso de emergencia se destacaría por tener como principales características:

El armamentismo del discurso. Poco importa la naturaleza pacífica de lo que el objetivo manifiesto del discurso pretende defender. **La disparidad del enemigo**, en el entendido que el enemigo manifiesto nunca es real (...), los peores enemigos como se ha mencionado son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes lo ejercen. A lo anterior corresponde la **disparidad de fines**: no interesan los objetivos manifiestos, sino la forma misma del ejercicio del poder (Foucault), es indispensable también que el propio discurso ante la magnitud del mal deba proceder a **la legitimación del bien** (...), el mal es necesario para el permitir el reconocimiento del bien. **La inferioridad del enemigo** es también dato necesario de toda emergencia, para lo cual se construyen estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad. **La inmunidad al mal de los propios especialistas del discurso**: quien combate el mal debe ser inmune a él. **El uso encubridor del discurso**, asegurar la *reproducción de la clientela*, condición indispensable para la permanencia de la emergencia. Si agotan los enemigos la necesidad cesa. **La alquimia o inversión valorativa** de los signos es fundamental: (...), el enemigo que se declara arrepentido simula, el que estudia se prepara para hacer mejor sus fechorías, etc. **La degradación ética del opresor.** Todo embuste o engaño era útil para obtener los nombres de cómplices, incluyendo las falsas promesas aún bajo juramento. No otra cosa son los sobornos a testigos y a codelincuentes en forma de impunidad o benignidad, la introducción de espías, la compra de información y todas las inmoralidades que acompañan a los procedimientos inquisitorios de todos los tiempos.¹²⁰⁴

¹²⁰² FERRAJOLI, Criminalidad y globalización. Miguel Carllonell, (trad.), en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º. 115, 2006, pp. 302-303.

¹²⁰³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid: Lustel, 2007. p. 15.

¹²⁰⁴ ZAFFARONI. El derecho penal liberal y sus enemigos. Op. Cit. p. 163-166.

Con la conversión al autoritarismo puro y vivo en nuestros tiempos, infiltrado bajo la fachada democrática, lo que interesa, o dicho de otro modo, el boom del momento, es la cultura de la emergencia,¹²⁰⁵ la difusión de las dinámicas del control por la promoción de la dicotomía amigo-enemigo, con unos efectos particularmente perversos. Este hecho se refleja en la aceptación sin límites de un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales.¹²⁰⁶

Llegando a convertir el Derecho penal en un derecho penal de guerra, en que el acusado se transforma en no-persona por haber abandonado el Derecho, aunque no sea de modo permanente. En este nuevo formato, el sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva.¹²⁰⁷ Escenario que se ha trasladado como se intentará demostrar al ámbito internacional.

La situación es bastante enigmática, incluso puede asumirse, como afirma MATTELART,¹²⁰⁸ el desarrollo de una era tecnoglobal, ante la asistencia de un sistema mundial de caracterización y transformación del ciudadano en sospechoso de orden sociopolítico. Pues hay un mundo donde no sólo el sospechoso es vigilado con zozobra en la búsqueda de la seguridad ciudadana, sino donde todos somos vigilados.

Por tanto, el debate que se evidencia en la comunidad internacional, es la reacción a seguir frente a sujetos que son tachados como peligrosos, idea sensata de que la tesis Jakobsiana tiene aplicabilidad real, precisamente, por la línea que se impone en la

¹²⁰⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Op. Cit, 17.

¹²⁰⁶ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo". *Jueces para la Democracia*, nº. 49, p. 44. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en *Mutaciones de Leviatán*. Guillermo Portilla Contreras (coord.), en *Legitimación de los nuevos modelos penales*. Op. Cit, pp. 57-85.

¹²⁰⁷ *Ibíd.* p. 17.

¹²⁰⁸ MATTELART, Armand. Op. cit, p.12.

construcción de extralimitadas políticas de control¹²⁰⁹ social, por sujetos que son catalogados como enemigos de extrema peligrosidad, pues en el ámbito internacional hay que luchar contra “macrocriminales”.

No hay duda que el delito, la materia fundamental del Derecho penal, así como sus consecuencias o la actuación del Estado para sancionarlo, resultan apasionantes, –para algunos– dicha fascinación corresponde a la idea de que el delito tiene que ver con lo que se podría denominar la parte [negativa] del alma de los seres humanos.¹²¹⁰

Por tanto, es difícil pensar en realidades complejas que, quienes delinquen también serían merecedores de los llamados derechos humanos, en cuanto a su trato como personas en derecho. Pero indistintamente, piénsese que al hablar de *amigos y enemigos* o de *ciudadanos y enemigos*, categoría tan “fugaz” como ambigua, no puede pasarse por alto lo que significa ser titular de Derechos, y el correspondiente trato acorde con las obligaciones emanadas de los diferentes instrumentos de derechos humanos. De lo contrario ello significaría en términos de FERRAJOLI,¹²¹¹ la *disolución del derecho*.

Desde este punto de vista, es de resaltar que independientemente de los contextos, cualquiera que sea, los *derechos humanos no son una utopía, (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance*, considerarlos de otro modo, sería banalizarlos e instrumentarlos. Su positivación en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con qué medir hasta qué punto están “al revés”. De este modo, la pretensión de que los derechos humanos estén realizados no pasa de ser una mera tentativa de ponerlos “al revés” y, por ende, de neutralizar su potencial transformador.¹²¹²

¹²⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Seguridad ciudadana: realidades y percepciones”. Op. Cit, p. 32.

¹²¹⁰ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luís. *Justicia penal y derechos humanos*. México: Porrúa, 1997, p. 233.

¹²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. “El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho”. *Jueces para la democracia*, 2006, nº. 57, pp. 3-10.

¹²¹² ZAFFARONI, Eugenio. *En torno de la cuestión penal*. Op. Cit. p. 112.

A ello obedece que la clase dominante se valga de los aparatos estatales, incluyendo las instituciones represivas, para proteger sus intereses. El ejemplo por antonomasia es el poder punitivo, el cual cumple una función de legitimación de la violencia (...).¹²¹³ Saltándose una vez más, que la idea de democratización del Derecho penal, debe estar relacionada necesariamente con la idea de inclusión de los diferentes sectores sociales, para ser coherente con las múltiples exigencias insatisfechas, hablese de la sociedad civil o de los grupos activistas, que reclaman el cumplimiento de legislaciones con los principios liberales presente en las regulaciones tanto nacionales como internacionales, en la búsqueda de la conexión necesaria entre derechos humanos y Derecho penal, para salvaguardar bienes jurídicos relevantes, lo cual no es otra cosa, que la protección de libertades y derechos fundamentales.

Con esta misma lógica, en el sistema penal internacional, contrario al pensamiento kantiano, –donde el fin nunca justifica los medios, pues se busca proteger la dignidad de la persona humana–, el fin sí justificaría los medios, de modo que, si existen hechos graves de trascendencia internacional, aquellos con la dogmática penal que se impone en el Estatuto de Roma, no pueden quedar impunes, pues la urgencia en el sofisma de la “seguridad”, es sancionar a toda costa a quienes cometan trasgresiones graves o *macrocrímenes*, para combatir la impunidad. Precisamente, es la comunidad internacional la que convalida este tipo de procedimientos, pues la macrocriminalidad abre el paso al momento cumbre de la emergencia. Esta es la razón por la que el *poder penal internacional* puede ser considerado como:

(...) El prototipo del derecho penal del enemigo. En efecto, todo poder penal internacional (el del ECPI pero también el que se ha ejercido desde Núremberg, especialmente el que ejerce el CSONU por medio de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, e incluso, el que aplican los tribunales nacionales) está colmado de las característica que definen el denominado derecho penal del enemigo, empezando, por el hecho de que el imputado es normalmente el enemigo vencido en una guerra.¹²¹⁴

¹²¹³ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luís. Op. Cit, p. 27.

¹²¹⁴ *Ibíd.* p. 488.

Lo problemático del asunto es que la sociedad valida este tipo de conductas, pues no se hace reproche alguno por parte del colectivo social que lo padece, ya que el miedo es el arma más poderosa para legitimar comportamientos abusivos desde cualquier ámbito. En consecuencia, la punición internacional de vulneración de los derechos humanos, muestra también rasgos propios del derecho penal del enemigo, en tanto que, como dirá JAKOBS,¹²¹⁵ la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha contra la seguridad, ya que la esencia del derecho penal del enemigo, está entonces en que éste constituye, una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos.

En este sentido, no se puede dejar de recordar la teoría hobbesiana, pues quien no acepta las normas que surgen del contrato social, puede ser “eliminado sin injusticia”¹²¹⁶. Todo esto por la ideología predominante, que está excluyendo, desde todo punto de vista, la idea de humanización del derecho en el discurso del Derecho penal, que aparece como la peor forma de intervención en ocasión a la llamada *modernización del Derecho penal*, lo cual constituye un volver al pasado marcando un retroceso en la historia.

La atención histórica más detenida de estos acontecimientos, permite observar que los lenguajes cambiantes ocultan una estructura discursiva teórica que permanece idéntica desde hace por lo menos cinco siglos: “por debajo de las sucesivas emergencias y de sus respectivas guerras y derechos penales de enemigos, la estructura del discurso penal autoritario no ha variado. *Lo permanente y vivo en los discursos penales autoritarios es su estructura, y lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico*”.¹²¹⁷

Así las cosas, “se trata de una suerte de programa de computación que en ciertos momentos culturales se vacía y se vuelve a alimentar con datos diferentes, pero el

¹²¹⁵ GÜNTHER. JAKOBS y CANCIO MELIÁ. Op. Cit. p. 118.

¹²¹⁶ RIQUERT, Fabián L. y Leonardo. Op. Cit. p. 1-8.

¹²¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. *El Derecho penal liberal y sus enemigos*. Op. Cit, pp.153-177.

programa sigue siendo idéntico y único”¹²¹⁸. Situación que para la coyuntura social actual, se traspasa al Derecho penal internacional, pero nombrado con específicas regulaciones, en una fachada jurídica convincente como se demostrará en la tesis puesta bajo estudio.

Sin embargo, no sobra advertir, y sin entrar en contradicción, que ello no resta que el Derecho penal sea una institución social muy importante, sobre todo cuando se piensa en él como el que asegura la paz en el seno del Estado y una mínima justa distribución de bienes. Pero las transformaciones culturales permiten observar con claridad el fallo constante en aplicación y creación de su dogmática, cosa que sigue siendo un mal necesario.¹²¹⁹ Su creación es necesaria, más no suficiente, en relación a las exigencias que cada día se imponen el modelo de sociedad que se construye bajo el ideario de ricos y pobres, excluidos y marginados, etc. Por no mencionar otros tantos que hacen parte de ese gran grupo de los etiquetados y reprimidos que la sociedad misma margina y discrimina.

De esta manera se viene creando un consenso sobre el futuro del Derecho penal que le apunta a la pregunta, sí es posible que sea suprimido, así por ejemplo, GUSTAV RADBRUCH, uno de los más grandes penalistas alemanes de la primera mitad de siglo, pensaba que la evolución del Derecho penal “superaría un día al derecho penal” y conduciría a un Derecho, preventivo y corrector “que sería mejor, también más inteligente y más humano, que el Derecho penal”.¹²²⁰ A esta pregunta se le puede agregar la cuestión sobre el futuro del Derecho penal de cara al ámbito internacional, que aunque aún incipiente, pues se encuentra en proceso de construcción y aplicación, el reto es aún mayor, por cuanto se trata de la tutela de derechos humanos fundamentales, máxime cuando se ha evidenciado en la práctica, que se está nutriendo de la doctrina del derecho penal del enemigo.

¹²¹⁸ *Idem. En Torno de la Cuestión Penal. Op. Cit. p. 153-177.*

¹²¹⁹ ROXIN, Claus. *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 338.

¹²²⁰ *Ibíd.*, p. 338.

En cuanto al funcionamiento del Derecho penal internacional, sumado al marco descrito, se puede decir que este opera en función de las necesidades de la comunidad internacional, la cual actúa influenciada por esferas de poder que muchas veces criminalizan y proceden en nombre de la humanidad, pero en ocasiones como pretexto para justificar actos propios y con intereses específicos, que poco o nada, tienen que ver con la efectiva protección de los derechos humanos en el orden internacional so pretexto de la lucha contra la criminalidad.

Muy por el contrario, puede estar alentado por un juego de poder, donde unos pocos deciden los pasos a seguir y los restantes sólo obedecen como si fueran decisiones que no se pudiesen cuestionar, de ahí, que no se pueda pregonar una soberanía igualitaria para todos los Estados, idea que no es más que un simple ideal, para poder mantener las “buenas relaciones” con quienes no participan en las diferentes formas de moldear el poder. A modo de ejemplo, nótese la no participación de los EE.UU en la ratificación del ER siendo un Estado libre y soberano para no acatar dichos estamentos.

Con todo esto, además de las sutilezas legales de supresión de los enemigos en diferentes contextos, para justificar una sociedad de la seguridad que apunta a la consolidación de un derecho penal internacional del enemigo, aparecen también como factor agravante al marco citado, reacciones en todo el mundo de “marcada exclusión social acompañadas con un alto tinte xenofóbico y de intolerancia, (...) en diferentes receptores según la realidad de cada región: en Latinoamérica los “excluidos” son las clases sociales bajas, pero la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otros excluidos: los habitantes no comunitarios. Y en Estados Unidos los extranjeros “terroristas” (...).¹²²¹ Lo delicado del asunto, es que se imparten medidas que tienden a ser consideradas como de obligatoria observancia así no sean ajustadas a derecho, pues en la comunidad internacional se sigue la suerte de lo que digan los dueños del mundo. De esta manera, la tacha o etiqueta de enemigos en el orden

¹²²¹RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo. Op. Cit, pp. 1-8.

mundial, es clara hacia quién se dirige, so pretexto de aspiraciones ilusas de seguridad y paz mundial. Por ello, no es menos notorio que:

Los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran según grupos que resultan *molestos* en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*; etc.). Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.).¹²²²

En este escenario, el Derecho penal internacional pasa a hacer otra esfera más, del monopolio exclusivo de los que tienen el poder, y, por ende, de quienes tienen el *imperium* de definición para decidir quién o quiénes pueden ser considerados como peligrosos, es decir como enemigos; sean las grandes potencias mundiales, o sean las grandes organizaciones internacionales que promueven y apoyan mecanismos de control en la persecución penal que abunda en contextos actuales para luchar contra la macrocriminalidad o el terrorismo.¹²²³

En consecuencia, aparecen subrepticamente tras el derecho penal del enemigo,¹²²⁴ visto en su talante internacional, cuestiones que poco tienen que ver con la seguridad y la paz internacionales; sino con fines completamente opuestos a los que se dicen defender, pues se hace la construcción teórica de identificar al “enemigo” como al que se encuentra “fuera del sistema sin intención de regresar”, y que por tanto al estar fuera del sistema no le corresponde las garantías del sistema.¹²²⁵ Es más, los peores

¹²²² ZAFFARONI, Eugenio. *El Derecho penal liberal y sus enemigos*. Op. Cit. p. 153 y Ss.

¹²²³ El terrorismo es una realidad altamente peligrosa, que no escatima daños ni respeta los valores divergentes. Su ideología supone que por el terror se debe dominar al contendor y a sus comunidades, ejecutando actos de violencia material y psicológica, dotados de gran poder destructivo o amenazante. Cfr. MARTÍNEZ RINCONES, José. “El terrorismo: La violencia sin rostro”. Op. cit, p. 60. Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel. La internacionalización del derecho penal. Op. Cit, pp. 88.

¹²²⁴ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 10.

¹²²⁵ *Ibid*, p. 10.

enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes lo ejercen.¹²²⁶

Pues bien, hay que llamar las cosas por su nombre, por tanto, en el Derecho penal internacional, se vigoriza con el tiempo, un derecho penal del enemigo compaginado con la teoría de Jakobs. Concluyentemente la atención ya no se centra en criminalizar al vencido durante la guerra, sino al “terrorista” y a todos aquellos que cuestionen al poder de *facto*, todo por el afán de superar una crisis de “terror” que se observa justo cuando se pone en riesgo a los “amos” del mundo. De esta forma, parece claro que es a través del castigo que se combate¹²²⁷ no sólo el acto delictivo sino el mínimo síntoma de amenaza,¹²²⁸ como medio de coacción y de control social.

A esto se suma que no se problematiza el hecho, de que este derecho penal del enemigo, en el orden internacional, se concentre en los autores de las conductas punibles, pero no en ocasión al delito cometido, sino para valorar la vida criminal del acusado, es decir, su pasado, su presente y su futuro, más que el acto delictivo mismo, ya que este, la única función que cumple, es la de etiquetarlos socialmente para prever futuras violaciones. Así, “por tanta exageración de la “virtud penal” y tanta seguridad ética, es lo que permite a la jurisdicción penal internacional (...) tratar a sus imputados como no ciudadanos, como “no personas” en el sentido Jakobsiano”.¹²²⁹ En una construcción del Derecho penal que busca artificiosamente garantizar la paz social, a través de la pena como método coercitivo por la sanción a imputar.

¹²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio. *El Derecho penal liberal y sus enemigos*. Op. Cit. p.153 y Ss.

¹²²⁷ PAZ-MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. *¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?*. Op. Cit, p. 319.

¹²²⁸ MARTÍNEZ RINCONES, José. “El terrorismo: La violencia sin rostro”. Op. Cit, p. 60.

¹²²⁹ PASTOR, Daniel R. “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”. Op. Cit. p. 493.

6.7. Operatividad del Derecho penal internacional como herramienta de poder en la aplicación del derecho penal del enemigo

Hasta hace poco, el imperio del Derecho penal internacional dependía casi sin excepción de mecanismos indirectos de aplicación, no existiendo un Tribunal Penal Internacional permanente. Pero con la entrada en vigor del Estatuto de Roma y con él la institución de la Corte Penal Internacional, se dispone ahora de un foro permanente para la aplicación directa del derecho internacional. Por lo tanto, la importancia de la Corte Penal Internacional es indudable.¹²³⁰ Sin embargo, la CPI no está concebida como un Tribunal mundial con competencia universal, sino como un tribunal de emergencia y de reserva.¹²³¹ Ahora bien, la vocación de permanencia con que la misma nació hizo que algunos Estados adoptaran posiciones verdaderamente recalcitrantes en el curso del proceso negociador. Lo que se tradujo en cláusulas de dudoso cariz¹²³² como es el caso del controvertido art. 16. Caso en el cual EE.UU. temió que sus nacionales pudieran quedar algún día sometidos a la misma.

6.7.1. Las Naciones Unidas un campo de acción efectivo para aplicar el derecho penal del enemigo en el marco de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma constituye actualmente una de las principales fuentes de creación del Derecho penal internacional con la puesta en funcionamiento de la CPI. No obstante, su competencia, por el uso que hacen del derecho internacional quienes tienen *imperium*, la CPI será competente para la persecución de los crímenes tradicionales de dimensión internacional, independientemente del lugar de comisión del delito y la nacionalidad del acusado cuando el CdS remita al fiscal, *inter alia*, con base

¹²³⁰ ELSNER, Gisela. (Presentación). Kai Ambos; Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (ed.). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Con contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Montevideo: Konrad Adenauer stiftung, 2007, p. 13.

¹²³¹ WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Op. Cit. p. 138 y 139.

¹²³² BOLLO AROCENA, M. Dolores. "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas". En *Anuario Español de derecho internacional*, Vol, XX, 2004, p. 376.

en el capítulo VII de las Carta de la ONU,¹²³³ una situación en la que parezcan haberse cometido uno o más de los crímenes de trascendencia internacional. Este hecho puede ser causa inmediata para la aplicación de un derecho penal del enemigo, por la razones que se explican a continuación.

6.7.1.1. Las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional

La relación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad continúa siendo uno de los aspectos más controvertidos del Estatuto de Roma. Durante las negociaciones, algunos Estados propiciaron que la Corte y el Consejo de Seguridad ejercieran sus propias atribuciones sin establecer ningún contacto entre ambos. Todo contacto, señalaban: “podía politizar la Corte y afectar su independencia en la administración de justicia. Sin embargo, tales propuestas no prosperaron y el Estatuto articula una relación por la cual el Consejo retiene dos llaves en su relación con la Corte: una que le permite activar la jurisdicción de la Corte. Otra, más controvertida, le permite desactivar tal jurisdicción, al menos temporalmente”.¹²³⁴ Esto visibiliza el condicionamiento político de la CPI en relación al CdS.

En suma, con los poderes dados al CdS puede activar (Art 13b. ER) y desactivar la competencia de la Corte (art 16. ER). Específicamente, dicho condicionamiento político aparece en toda su crudeza con el mencionado art. 16 del Estatuto, según el cual el Tribunal tendrá que suspender la investigación o enjuiciamiento iniciado sobre un asunto “*en el caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una*

¹²³³ Conforme al Capítulo VII, el Consejo puede decidir la adopción de medidas coercitivas, sanciones económicas o acciones militares colectivas. Puede también Ejercer por medio de la fuerza aérea, naval o terrestre la acción necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad.

¹²³⁴ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. “Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad”. Department of International Legal. Affair Organization of American State. En: <<http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>>. [Fecha de consulta julio 22 de 2012].

resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”¹²³⁵ así lo demande.

Se advierte que la suspensión puede recaer sobre toda investigación o enjuiciamiento sea cual sea la iniciativa (Estado parte, CdS o Fiscal de oficio) que dio origen al mismo; y la sorpresa que a primera vista puede causar que el Consejo de Seguridad solicite la suspensión de un asunto que él mismo remitió al Tribunal, desaparece en las hipótesis en que un cambio de las circunstancias de hecho o consideraciones política alteren su opinión, por no responder ya a los intereses de la paz y seguridad internacional, y por lo tanto se deba continuar adelante con los presuntos crímenes.¹²³⁶

Tal como estaba formulada en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional¹²³⁷, la disposición constituía una salvaguardia exorbitante que podía menoscabar seriamente la independencia y capacidad operativa de la Corte. El ámbito de esta disposición era en efecto muy amplio, si se tiene en cuenta la cantidad de cuestiones en el programa del Consejo de Seguridad, algunas de ellas hace más de treinta años, sin que el Consejo adopte medidas concretas.

Aún con los intentos de mejora al proyecto, la citada suspensión puede plantearse en cualquier fase del procedimiento en curso y no sólo en la instrucción, habida cuenta de los términos que el Estatuto emplea (investigación o enjuiciamiento “iniciado”...). En fin, la solicitud del CdS debe ser atendida según parece por la Sala Permanente de la Corte, pues no basta seguramente el Fiscal aunque sólo sea porque la petición puede efectuarse en el marco de un juicio *in actu*.¹²³⁸ Este condicionamiento denominado “suave”,¹²³⁹ no plantea verdaderos problemas, en tanto, en algunos

¹²³⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo. “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional”. En *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio*, Madrid, 9 a 11 de junio de 1999, p. 567.

¹²³⁶ *Ibid.* 567.

¹²³⁷ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. *Op cit.*, p. 2.

¹²³⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo. *Op cit.*, p. 567.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 567.

supuestos hasta puede ser positivo cuando los Estados son renuentes a llevar asuntos de esta naturaleza ante la Corte.

Expertos en el tema como KAI AMBOS,¹²⁴⁰ también se han referido a este asunto, pues destaca que dicha potestad supone una limitación importante a la independencia de la CPI, aunque atenuada en la práctica, por el hecho de que siempre será necesario adoptar resolución del CdS por mayoría de sus miembros con la unanimidad de los miembros permanentes de acuerdo al artículo 27.3 de la Carta. Con lo cual se creó una dependencia de la CPI respecto del órgano político, contraria al espíritu de autonomía del órgano penal en relación a las Naciones Unidas.¹²⁴¹

6.7.1.1.1. Condicionamiento del Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional

Lo más complejo es hablar de los condicionamientos “rudos” o más fuertes,¹²⁴² el condicionamiento político del Tribunal por el CdS, o dicho de otra forma, el sometimiento del órganos judicial a los dictados del órgano político. Pues según modificaciones sufridas al proyecto de tratado (art. 23.2), redactado sobre la base de la denominada “propuesta de Singapur”, mejora sensiblemente la formulación contenida originalmente en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional,¹²⁴³ ya que “se excluía el juicio de cualquier proceso “derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse a tenor del Capítulo VII de la Carta, de un quebrantamiento de la paz o de un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa”.

Ahora por el contrario, el Estatuto dispone como se mencionó, que la petición de suspensión sea acordada cada vez “con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de ONU. Dicha petición podrá ser renovada por

¹²⁴⁰AMBOS, Kai. “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”. *Revista de derecho procesal* 1999, pp. 553-594.

¹²⁴¹ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad*. Cit, p. 109-110.

¹²⁴²GUITIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Op cit, p. 567.

¹²⁴³FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. Op cit, p. 2.

el CdS sin aclararse en el Estatuto el número de veces, o limitación alguna a las oportunidades en que puede ser efectuada la solicitud. Lo más complejo es que dicha suspensión es en principio por 12 meses y puede ser prorrogable y no se establece hasta cuándo. La "cláusula Singapur", invierte la carga de la prueba,¹²⁴⁴ o más exactamente de la decisión. No basta que el Consejo se esté ocupando de una cuestión. Resulta necesario que el Consejo de Seguridad solicite expresamente la suspensión temporal de los procedimientos como consecuencia de una decisión positiva de la mayoría de sus miembros.

Esta disposición, basada en la premisa de que en algunas circunstancias excepcionales la actuación de la justicia puede obstaculizar la búsqueda de la paz ha sido objeto de intensas críticas.¹²⁴⁵ Además, como debe ser acordada mediante resolución del CdS, obliga a que la petición de suspensión cuente con el voto a favor (o al menos sin voto en contra de ninguno de ellos) de los cinco miembros permanentes, caso en el que muy mal debe estar la situación y conveniente, por tanto, desde un punto de vista político, –para la paz y seguridad internacionales–, no enconarla con la investigación o enjuiciamiento en cuestión.¹²⁴⁶

De esta forma como ha mencionado ESCUDERO ESPINOSA, la independencia de la Corte no aparece claramente garantizada frente a la acción de otros órganos internacionales como pudiera ser el caso del CdS, cuyos criterios de actuación tienen un fuerte componente político. La independencia ha de ser total y no sólo respecto de los implicados sino también en relación con cualquier otro actor internacional.

¹²⁴⁴ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. "La creación de la Corte Penal Internacional". *Relaciones Internacionales*, nº 19, 2000, p. 19. [En línea]. Recuperado en: <http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R19/ri19-efernandez.pdf>. [Consultado en octubre 19 de 2010].

¹²⁴⁵ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad. Op cit, p. 2.

¹²⁴⁶ GUITIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Op. Cit, p. 568.

6.7.1.1.2. El papel de los Estados Unidos en la Justicia Penal Internacional

Otro aspecto que debe ser reconocido y es el que mayor crítica doctrinaria ha generado y que se ha desarrollado en diferentes apartes de este estudio, es que aún las fortalezas resaltadas en el papel que viene desempeñando la CPI, es que no queda duda que es bastante cuestionable el papel que se le otorgo al CdS¹²⁴⁷ (órgano al que por el poder de las potencias, ha sido prácticamente imposible hacerle reformas para su funcionamiento y constitución) como órgano de la ONU,¹²⁴⁸ que ya dudoso¹²⁴⁹ papel ha desplegado a lo largo de la historia en la búsqueda de la tan anhelada paz, –sobre todo en cuanto al cuestionado derecho de veto de los (5) miembros permanentes– que pueden bloquear decisiones de fondo con un solo voto negativo de cualquiera de sus miembros, para hacer las mismas perversidades¹²⁵⁰ de quienes dice combatir, pero

¹²⁴⁷ El Consejo de Seguridad se compone por 15 miembros, de los cuales cinco son permanentes — China, Francia, Rusia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de Norte América— y los no permanentes: Alemania (2012), India (2012), Sudáfrica (2012), Azerbaiyán (2013), Marruecos (2013), Togo (2013), Colombia (2012), Pakistán (2013), Guatemala (2013) Portugal (2012). La Asamblea General eligió a Azerbaiyán, Guatemala, Marruecos, Pakistán y Togo como miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, para un mandato de dos años que comienza el 1° de enero de 2012. Los nuevos miembros reemplazan a Bosnia y Herzegovina, Brasil, Gabón, Líbano y Nigeria. [fecha de consulta mayo de 2012]. Para ampliar la información consúltese [en línea]. <http://www.un.org>.

¹²⁴⁸ La Organización de las Naciones Unidas -ONU- es la mayor organización internacional del mundo. y se define a sí misma como una asociación de gobiernos global que facilita la cooperación en asuntos como la legislación internacional, la seguridad internacional, el desarrollo económico, el progreso social y los derechos humanos. Para mayor información consúltese la página. Web: <<http://www.un.org>>.

¹²⁴⁹ Véase: SAAD Hamid. En Guerra y sanciones a Iraq. Naciones Unidas y el 'nuevo orden mundial' Valoración legal de las sanciones de NNUU sobre Iraq. [En línea] http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html. como expresa este autor, desde el 1990, el CS ha impuesto sanciones multilaterales contra ocho Estados diferentes, y ocasionalmente autorizó el uso de la fuerza militar, la más notable contra Iraq en 1991. Aunque estas acciones hayan derivado a menudo en importantes pérdidas de vidas de civiles y propiedades, todavía no ha habido ningún intento de establecer los parámetros legales dentro de los cuales el CS debe operar [...] Algunos tratadistas argumentan que el CS, producto de la Carta de NNUU, puede actuar *por encima* de las leyes internacionales, como una ley en sí mismo.

¹²⁵⁰ Entre 1990 y 2002 se han aplicado de una manera u otra, sanciones en los casos de Irak, Libia, la ex Yugoslavia, la actual Yugoslavia, Haití, Somalia, Angola, Rwanda, Liberia, Sudan, Etiopía, Camboya, Afganistán, y en años posteriores Sudan, Corea del Norte etc. Y desde el 2006 Irán. Las sanciones han puesto en peligro el derecho a la alimentación, la salud, la educación y, a menudo, el derecho a la vida de cientos de miles de personas, en muchos casos menores de edad. Vid. GALLO COBIAN, Virginia, et al. En "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones peligrosas". Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, [En línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>. En el mismo sentido puede consultarse a Amnistía Internacional: Los derechos humanos en Irak ante una nueva guerra. En <http://www.mundoarabe.org/derechos_humanos_en_irak.htm>

valiéndose del derecho como instrumento legítimo de poder, en nombre de las “Naciones civilizadas”.

Se destaca sobre todo el papel de los EE.UU. Que como súper potencia mundial, es miembro permanente del CdS, y aún así, no le dio competencia a la Corte Penal Internacional sobre los crímenes consagrados en el ER, al no ser parte de dicho instrumento internacional. Este órgano, el CdS, tendría pues la potestad de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional *so pretexto* de que tiene la responsabilidad primaria del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.¹²⁵¹

Con estas precisiones, si se profundiza el rol que ha jugado el CdS, en la búsqueda de la seguridad de las naciones, muy fácilmente se encontraría un discurso, o más bien, una práctica de flagrante violaciones a los DD.HH, o una aplicabilidad simbólica de su mandato, utilizada en la retórica de quienes encuentran en él conveniencia más que límites en la consecución de la paz y seguridad internacionales. Por mencionar un ejemplo y no menos importante, en una intensa presión de Estados Unidos¹²⁵² el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1422/02.¹²⁵³ Aquella pretendía dar impunidad vitalicia, frente a posibles investigaciones o procesamientos de la CPI, a los ciudadanos de los Estados Unidos por ser un país que no ha ratificado el Estatuto de Roma, cuando tales personas estén implicadas en operaciones promovidas o autorizadas por la ONU. Textualmente expresa que:

Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, [el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas] □1. *Pide*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes,

¹²⁵¹ QUESADA ALCALÁ, Carmen. *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia: Tirant monografías, 2005. p. 286.

¹²⁵² BOLLO AROCENA, M. Dolores. Op. Cit, p. 381 y ss.

¹²⁵³ Resolution 1422/02. Adopted by the Security Council at its 4572nd meeting, on 12 July 2002. al respecto consúltese el sitio web: [<http://www.amicc.org/docs/SCres1422.pdf>].

no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.

Con todo lo mencionado, surgen varios interrogantes: *¿Quién controla a dicho órgano?* La respuesta es poco clara, en tanto es una instancia integrada por las principales potencias mundiales, quienes en ocasiones, toman decisiones que son incontrovertibles, haciendo que se generen también sistemáticas violaciones de DD.HH. desde las mismas instancias que han sido creadas, justamente para coadyuvar en su efectiva salvaguarda y promoción. De esta manera, lo subsidiario sigue la suerte de lo principal, ya que si las elevadas instituciones se degeneran *¿Qué suerte deberían tener quienes poseen inferiores esferas de poder?* Muy probablemente, sí hiciesen las mismas arbitrariedades, serían cuestionadas por las máximas instancias de poder, aunque aquellas también transgredan la legalidad de las “formas”, como suele suceder, por cuanto, en el seno de las Naciones Unidas, es claro que hay prácticas antidemocráticas, que se pueden advertir al visualizar el quehacer del CdS tras la entrada en vigor de la CPI.

Así las cosas, con esta forma como se utiliza el derecho para justificar actos que el derecho mismo repudia, en la protección efectiva de los derechos humanos, se ha generado desconfianza en la sociedad, lo que lleva a cuestionar no sólo la legitimidad, sino también, el valor de la justicia en la aplicación del derecho internacional. Razones que desdibujan su verdadera función, pues al ser un poder eminentemente interestatal, no deja de estar influenciado por aquellas naciones que tienen dominio en la comunidad internacional.

Por consiguiente, si se pierde la credibilidad en el derecho internacional como orden fuertemente consolidado para apoyar la labor de los Estados en pro de la justicia, sus preceptos pierden también legitimidad, al no ser aceptados por el conglomerado social que fielmente a dado su voto de confianza en la puesta en marcha de la construcción de sociedades democráticas y en la aceptación de la fuerza del derecho,

–indistintamente de cuál sea su ámbito de aplicación– que cada día se debilita y pretende fortalecerse a través del método coercible emanado de las penas.

Muchos fueron los países en todos los continentes que defendieron la idea de una justicia penal internacional eficaz:¹²⁵⁴ desde Europa numerosas fueron las delegaciones que sobresalieron, *verbi gratia*, el delegado del Reino Unido hablando en nombre de la UE, impulsando el funcionamiento y creación de una CPI universal y eficaz, basada en principios jurídicos sólidos, independiente de la Organización de Naciones Unidas, y con un fiscal fuerte, y altamente cualificado independiente de los gobiernos. En la misma línea representantes de América del Sur, Argentina por ejemplo, impulsó también la cooperación estatal obligatoria, y por su parte la representante de Colombia no apoyaba la participación del Consejo de Seguridad en la Corte. En el mismo sentido, en los Estados Africanos, Sudáfrica expresó una opinión bastante progresista al defender poderes *ex officio* para el Fiscal, al afirmar que:

La Corte Penal Internacional es un elemento necesario para la paz y la seguridad en el mundo, por lo tanto, debe tener competencias inherentes tanto respecto de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados o en agresiones internacionales, como respecto de los crímenes que no sean de índole internacional.¹²⁵⁵

De esta manera, en general todos los defensores de la justicia penal internacional le apuntaban a que la Corte tuviese las características de tener: “jurisdicción automática sobre los delitos previstos en su Estatuto, ser independiente del Consejo de Seguridad de la ONU, sin excluir alguna participación del órgano, contar con un fiscal que tendría poderes *exfficio* o *motu proprio*, o sea la capacidad para promover investigaciones de oficio, con amplia cooperación de los Estados.”¹²⁵⁶ empero, el CdS¹²⁵⁷ se auto-arrogó prácticamente bajo chantaje general,

¹²⁵⁴FERNANDES, Jean Marcel. Op cit, pp 85-88.

¹²⁵⁵Ibid, p. 89.

¹²⁵⁶FERNANDES, Jean Marcel. Op cit, p. 93.

¹²⁵⁷TOURIÑO, Marcelo. “La Corte Penal Internacional y los desafíos que la acechan. Un estudio crítico de su actuación a diez años de su puesta en funcionamiento”. Nicolás Boeglin; Julia Hoffmann y Juan Carlos

responsabilidades, funciones y privilegios que el resto de los Estados debieron aceptar para que la nueva organización internacional, –defensora del Estatuto Roma– pudiera ver la Luz.

En lo que respecta a China y particularmente a los EE.UU.¹²⁵⁸ lideraron el grupo de los defensores¹²⁵⁹ de los poderes del Consejo de Seguridad ante la Corte Penal, siendo partidarios de la primacía de la soberanía, en defensa del principio de complementariedad, resistiéndose a la idea de una jurisdicción internacional penal eficaz e independiente, contrarios a la delegación de poderes *ex officio*.

Así nació “una organización mundial con una contradicción genética insuperable, explícita tensión entre el principio de supraordinación jurídica representada en la Asamblea General y el principio de equilibrio político reflejado en el Consejo de Seguridad de la nueva estructura global”,¹²⁶⁰ labor que en esencia tendría ser atribuida al CdS con su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, razón por la cual tendría que desempeñar un rol importante. Pues de conformidad a lo manifestado por el representante ruso,¹²⁶¹ una Corte que no actúe en estrecha relación con el Consejo de Seguridad estaría condenada al fracaso.

La oposición norteamericana se remonta a 1998, cuando se adoptó el Estatuto de Roma. Desde entonces, Estados Unidos fue uno de los siete países que votó en contra de la adopción del ER y actualmente puede decirse que es el único país del mundo que se opone activamente a la nueva Corte Penal Internacional (CPI)¹²⁶². Una de las razones de este rechazo procedió de la negativa de la comunidad internacional a conceder al Consejo de Seguridad de la ONU —del cual Estados Unidos es miembro permanente con derecho de veto— el control sobre los casos que la CPI debía

Sainz-Borgo (ed.). En: *La Corte Penal Internacional una perspectiva latinoamericana*. San José, C.R.: Upeace University Press, 2012, p. 358.

¹²⁵⁸ *Ibid*, p. 358.

¹²⁵⁹ FERNANDES, Jean Marcel. Op cit, p. 93.

¹²⁶⁰ TOURIÑO, Marcelo. Op. Cit, p. 358.

¹²⁶¹ FERNANDES, Jean Marcel. Op. cit, p. 94.

¹²⁶² Amnistía Internacional. Estados Unidos amenaza a la Corte Penal Internacional. Este documento fue publicado originalmente en http://web.amnesty.org/pages/icc-US_threats-eng 10 de junio de 2005, pp. 1-2. [Fecha de consulta, junio de 2012].

considerar. La mayoría de la comunidad internacional se inclinó por establecer un fiscal independiente que —sometido a una serie de salvaguardas y garantías— sería el que tomaría esas decisiones.

Es más, en la Cuarta Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA) celebrada en 2004, donde se aprobó la resolución 2039 con el fin de exhortar a los Estados miembros de la Organización que aún no lo habían hecho a ratificar o adherirse al Estatuto de Roma; EE.UU solicitó el registro de su reserva, la que señalaba: “la estructura de la Corte en sí se presta a correr el peligro de llevar a cabo enjuiciamientos y adoptar decisiones con motivación política.”¹²⁶³

Aún así, el esfuerzo de los EE.UU fue claramente materializado, al insertarse ciertos poderes del Consejo de Seguridad en el Estatuto de la CPI, como ya ha sido mencionado. Empero, en lo que a EE.UU. se refiere, no es desconocido como ya se recalco en este escrito, que es una de las potencias renuentes a ratificar el E.R. sus fundamentos se basan también en el artículo 98 del mismo Estatuto que consagra que:

1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.
2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que de su consentimiento a la entrega.

¹²⁶³ ESPINO TAPIA, Diana; ALFARO VILLAREAL, Abraham. “Nuevas perspectivas de protección internacional de los derechos humanos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Rafael Enrique Aguilar Portales (coord.). *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: UNAM, serie estudios jurídicos, n°. 180. 2011, p. 240.

Desde un análisis amplio y sistemático, estas normas establecen una forma de evitar el cumplimiento de los dictámenes de la CPI cuando exista un tratado internacional que proteja al nacional de un Estado no signatario. En ese sentido, y bajo dicho argumento, EE.UU ha evadido lo que hoy es el resultado de varios intentos después de muchos años. Pues con tal poder, ha intentado para justificar la aplicación de dicho articulado, de crear convenios bilaterales de inmunidad con terceros Estados partes del E.R. para que sus ciudadanos y sobre todo militares y mandatarios, no llegasen a ser juzgados ante la CPI. Esto utilizando como herramienta de presión, el no cooperar en asuntos económicos y militares. Todo ello constituye una clara estrategia de evasión; y a quienes no han accedido a tal solicitud, les ha retirado la ayuda que prestaba en materia militar.

De hecho, Estados Unidos está presionando a gobiernos de todo el mundo para que firmen con Washington acuerdos de impunidad para los ciudadanos estadounidenses. Estos acuerdos establecen que los gobiernos firmantes no someterán o transferirán a la CPI a ciudadanos estadounidenses acusados de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, aunque así lo solicite la CPI.¹²⁶⁴

Como lo documentó Amnistía Internacional,¹²⁶⁵ el 1 de julio de 2003, Washington anunció la retirada de la ayuda militar a 35 países firmantes del Estatuto de Roma que se han negado a firmar acuerdos de inmunidad con Estados Unidos.¹²⁶⁶ El 8 de diciembre de 2004, la administración Bush fue todavía más allá y retiró la ayuda económica a quienes se niegan a firmar dichos acuerdos. Esta decisión amenaza con socavar la lucha contra el terrorismo, los programas de pacificación, las iniciativas contra el narcotráfico, los trabajos de comisiones de la verdad y la reconciliación y los programas de lucha contra el SIDA en países como Jordania, Irlanda, Chipre, Perú,

¹²⁶⁴ Amnistía Internacional. Estados Unidos amenaza a la Corte Penal Internacional. Este documento fue publicado originalmente en http://web.amnesty.org/pages/icc-US_threats-eng 10 de junio de 2005. [Fecha de consulta, junio de 2012].

¹²⁶⁵ Ibidem

¹²⁶⁶ Para mayor información consúltese: [http://www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/BIAsByRegion_current.pdf] o [<http://www.iccnw.org/index.php>]

Ecuador, Venezuela y Sudáfrica.

Igualmente, como ya se ha mencionado, Estados Unidos está buscando también conseguir la inmunidad para sus ciudadanos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Lo cual se materializó en la Resolución¹²⁶⁷ 1422. En ese mismo sentido, en junio de 2003, el Consejo de Seguridad prorrogó el tiempo de validez de esta resolución un año más, con 12 votos a favor y ninguno en contra (Resolución 1487). En un debate público anterior a esta votación, muchos Estados se pronunciaron en contra de la resolución y en defensa de la CPI. Tres miembros del Consejo de Seguridad se abstuvieron: Francia, Alemania y Siria. No obstante hay quienes piensan que es probable que “el Consejo de Seguridad se hubiera sentido legitimado para adoptar una medida como la paralización o el bloqueo de la Corte respecto de un asunto específico, aún cuando no se hubiera incluido en el Estatuto de Roma un artículo como el 16”.¹²⁶⁸ Así las cosas, analizada la situación actual de la CPI, tenemos dos clases de Estados judicialmente hablando, lo cual desde la perspectiva del derecho interno genera profundas dificultades:

Unos que son parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, se someten a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el Tratado –¡y están en todo el derecho para no hacerlo!– sino que, a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía: con la Resolución 1.422 (y 1.487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el derecho penal internacional. Ahora el principio reza: “todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América”. Que el principio haya sido dejado sin efecto simultáneamente también para otros Estados no parte de la Corte Penal Internacional (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la

¹²⁶⁷ Resolution 1422 (2002) Adopted by the Security Council at its 4572nd meeting, on 12 July 2002. al respecto consúltese el sitio web: [<http://www.amicc.org/docs/SCres1422.pdf>].

¹²⁶⁸ BOLLO AROCENA, M. Dolores. Op. Cit, 381.

iniciativa norteamericana.¹²⁶⁹

Al respecto, KAI AMBOS expresa que, “hoy nos encontramos no solo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno amplio”¹²⁷⁰, y su eficacia depende de muchos factores, que deberían centrarse en cuestiones jurídicas y menos políticas, aunque no cabe duda que ambas son una relación necesaria pero no suficiente. Se debe colocar límites a las cuestiones políticas tratando de no obstaculizar el acceso a una verdadera aplicación de justicia en los casos que se requiera, independientemente de la relación que tengan algunos nacionales por pertenecer a ciertos Estados y no a otros.

Es claro que terminada la bipolaridad marcada con la Guerra fría, EE.UU se configura hoy en día como una hiperpotencia, lo cual es un hecho notorio que no admite duda alguna, y su máxima estrategia de lucha contra el terrorismo,¹²⁷¹ después del ataque a las Torres Gemelas, es su política de Seguridad Nacional, idea motivada en falsos ideales de paz y democracia, y las razones que soportan tal afirmación, saltan a la vista, en la medida que desarrolla acciones de ataque preventivo, entre otras cosas, situaciones que están prohibidas desde el derecho internacional. Pues si se trata de dar fiel respeto a la soberanía de los Estados, y de velar por la independencia, la

¹²⁶⁹ AMBOS, Kai. “Derechos humanos y derecho penal internacional”. *Diálogo Político*, Año XXI, nº. 3, 2004, p. 97. Al respecto el autor plantea varios interrogantes: ¿cómo compatibilizar con el sentido de la justicia que, por ejemplo, un soldado alemán –eventualmente involucrado en la misma misión de combate– deba responsabilizarse por un crimen de guerra ante la CPI, pero un soldado norteamericano no? ¿Qué consecuencias puede tener ello para la motivación y la solidaridad entre los soldados que participan en las misiones de paz de la ONU? ¿Qué legitimidad tienen las misiones de paz de la ONU marcadas con el estigma de inmunidades selectivas ante el derecho penal internacional? Y no por último: ¿qué credibilidad tienen medidas de mantenimiento de la paz aplicadas por una institución (el Consejo de Seguridad) si ésta tiene que desmontar al mismo tiempo el hasta ahora mayor logro de la humanidad en la lucha contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los derechos humanos?

¹²⁷⁰ *Idem*. “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”. Op. Cit, p. 14.

¹²⁷¹ En este sentido, sobre esta base es posible comprender la preeminencia del elemento colectivo en todos los ámbitos de la nueva política criminal: el mecanismo de categorización, de definición de un (amenazante) colectivo como enemigo sólo funciona si se refiere a grupos de autores, no a individuos. (...). En lo que aquí interesa, entonces, basta con constatar que la fundamentación de la especificidad de las infracciones de terrorismo no puede descansar exclusivamente en la espiral interminable de la “necesidad” preventivo-fáctica. Para progresar en el análisis, parece conveniente tener en cuenta el funcionamiento del delito terrorista como estrategia de comunicación, como provocación del poder. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. “La internacionalización del derecho penal”. Op. Cit, pp. 88-89.

cooperación y autodeterminación de los pueblos, los EE.UU. se llevan la mención de honor en cuanto al no cumplir tal acatamiento, primordial en el ejercicio de los principios del derecho internacional consagrados en 1948 en la Carta de las Naciones Unidas. Como se evidencia, en muchas ocasiones, es desde quienes tienen mayor poder de acción, de donde parten con mayor facilidad graves violaciones no sólo derechos humanos, sino también, incumplimiento a principios claves en el ejercicio de las relaciones internacionales y desde el mismo derecho internacional.

Lo anterior, entre muchas otras cosas, resulta incomprensible desde cualquier análisis cuando quien tiene el mayor control del mundo no acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de sus nacionales, pero sí dispone de la fuerza armada para hacer justicia, sin intervención de Tribunales Internacionales que fundamenten sus decisiones en derecho.

6.7.1.2. Críticas doctrinarias

Algunos expertos¹²⁷² se atreven a tomar postura respecto al papel que juega el CdS¹²⁷³ en el funcionamiento y activación de la Corte Penal, pues se le otorga a un órgano político poderes atípicos. De esta forma en la línea de GUTIÉRREZ ESPADA surgen varias críticas,¹²⁷⁴ a saber:

1. El actuar del CdS no corresponde a la práctica internacional, pues en varias ocasiones ya el Tribunal Internacional (TIJ) ha defendido su competencia para conocer de casos, aunque el CdS haya o esté tratando sus implicaciones políticas (por ejemplo, en el asunto entre Irán y EE.UU, sobre el personal

¹²⁷² GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. En: Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional. p. 567 y Ss. También PASTOR Daniel., En: el poder penal Internacional. AMBOS Kai. (entre otros). En: "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional". p. 237-256. FERNANDES, Jean. En: La Corte Penal Internacional soberanía versus justicia universal, (al respecto se refiere como a los patronos del Consejo de Seguridad). p. 93 y Ss. ESCUDERO ESPINOSA, Juan. En: La Corte Penal y el Consejo de Seguridad., p. 171 y Ss. Etc.

¹²⁷³ Teniendo en cuenta que se trata de un órgano politizado las decisiones del Consejo podrían determinar la impunidad de sus miembros y sus aliados. Crf. ESPINO TAPIA, Diana; ALFARO VILLAREAL, Abraham. Op. Cit, p. 240.

¹²⁷⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Op. Cit. p. 569.

diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, CIJ Recueil, 21-22; en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta, Nicaragua c. Estados Unidos, CIJ Recueil 1986, 434-35; o el asunto sobre la aplicación de la Convención sobre el genocidio, entre Bosnia y Yugoslavia, CIJ Recueil 1993, 19); *a fortiori la tendría* el TPY que no trata de controversias entre Estados sino únicamente sobre la responsabilidad del individuo.

2. Es absurdo que el CdS pueda impedir que el TPI prosiga una investigación o enjuiciamiento cuando, en virtud del principio de jurisdicción universal aplicable a los crímenes de los que aquél es competente, todo Tribunal nacional podría ejercer su jurisdicción sobre los mismos.
3. Aunque es evidente que el CdS es competente para conocer de las implicaciones políticas de un asunto, su competencia no puede tener –podría decirse– “el efecto colateral” de desposeer la que un órgano judicial también tiene en relación con las implicaciones jurídicas del caso, máxime cuando, como aquí ocurre, estamos hablando de la violación de normas jurídicas de máxima importancia para la comunidad internacional en su conjunto (el profesor Bedjaoui, 75-90, Presidente del TIJ, ha desarrollado un particular ardor de estas ideas, refiriéndose en concreto a las relaciones entre el CdS y el TIJ).

No obstante lo anterior, también hay quienes sugieren ver una oportunidad en dichas facultades, pues como afirma JEAN FERNÁNDES,¹²⁷⁵ bien utilizada puede constituir una herramienta de combate contra la impunidad. Pues la labor del CdS sería pues, utilizar a la Corte como brazo jurídico que auxilie a mantener la paz y la seguridad internacionales por medio de la sanción de las violaciones al derecho internacional humanitario.

Sin embargo, en lo que se refiere el principio de complementariedad que es la colaboración armónica como mecanismo jurídico entre la Corte y las jurisdicciones

¹²⁷⁵FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional: Soberanía versus Justicia Universal*. Op. Cit, pp 134-136.

nacionales de los Estados, o como diría CONCEPCIÓN GONZALES,¹²⁷⁶ busca la coordinación entre las jurisdicciones penales. Necesariamente resultaría afectado por el poder de remisión, en tanto, sí es el CdS quien remite un asunto según la opinión de SALVATORE ZAPPALÀ,¹²⁷⁷ es probable que se considere suficiente la remisión del Consejo de Seguridad como fundamento razonable para autorizar al Fiscal el inicio de una investigación sin necesidad de la preventiva notificación a los Estados o la petición de autorización previa para investigar desde la perspectiva de la aplicación del principio de complementariedad.

De esta forma, el principio de complementariedad representa una paradoja. Si, de acuerdo con dicho principio, las justicias nacionales son, en general, más eficaces que la CPI para reprimir los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, tal delegación de poder al CdS carece de sentido, pues éste es un órgano poco representativo, donde un pequeño número de Estados decide en nombre de la mayoría y basados en cuestiones políticas y no jurídicas. Por lo que es lamentable que el sistema de competencia complementaria dificulte a la CPI el hacerlo independientemente de la política del CdS, principal obstáculo para que la Corte sea realmente internacional y, no, casuística.¹²⁷⁸ Para dejar más claridad, en concreto el Consejo de Seguridad respecto a la Corte Penal Internacional,¹²⁷⁹ podría:

- Pedir el aplazamiento de investigaciones, procedimientos o procesos de cualquier clase estando la Corte obligada a aceptarlo. (Artículo 16 del Estatuto de la CPI).
- Toma parte activa para el inicio de la acción penal de la Corte, al tener un papel

¹²⁷⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad. En García Adrian, M. López Garrido, D. (Coords). *Crimen internacional y jurisdicción Universal: El caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 261.

¹²⁷⁷ ZAPPALÀ, S. Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: Luci e ombre, pp 39-85, En cita de ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad*. p. 158.

¹²⁷⁸ FERNANDES, Jean Marcel. Op. cit, pp 134-135.

¹²⁷⁹ FERNÁNDEZ VICIEDO, Yuri. "Efectividad de la Corte Penal Internacional. Limitaciones normativas". En: *V Seminario-Taller Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario*, La Habana, Cuba. 13 al 15 de noviembre, 2007. [En línea]. Recuperado en: <<http://www.monografias.com/trabajos56/corte-penal-internacional/corte-penal-internacional2.shtml>>. [fecha de consulta agosto 21 de 2012].

decisivo en la calificación de figuras delictivas internacionales, según se desprende del artículo 13 inciso b) del Estatuto.

- Está legitimado para ejercer un poder coactivo contra todos aquellos Estados que se nieguen a dar curso a solicitudes de cooperación formuladas por la Corte. (Artículo 87.7 del Estatuto de la CPI).

Obsérvese que con esto, especialmente con lo dispuesto en el mencionado artículo 16, se le otorgan al Consejo de Seguridad funciones que no le vienen establecidas en la Carta de la ONU. Con ello, la Corte se convierte inmediatamente, en “un mero instrumento de este órgano, con lo cual pierde todo viso de independencia, credibilidad internacional y autonomía. En conjunto, estas atribuciones suponen una flagrante violación al principio de soberanía de los Estados, tanto partes como no partes del Estatuto, por un Consejo de Seguridad que se ha adueñado de funciones que no le han sido otorgadas por la Organización a la que está adscrito”.¹²⁸⁰

Esta situación llega a adquirir características de una ilegalidad completamente inverosímil, en tanto el Estatuto de la CPI, al brindarle al consejo de Seguridad tan amplias facultades, las está haciendo extensivas a terceros Estados que no solo no son parte del mismo, sino que se han opuesto de manera categórica al propio establecimiento de la Corte boicoteando incluso su actividad, tal es el caso de Estados Unidos, como bien ha manifestado ESTEFANO PISANI: “Es la primera vez, en nuestros conocimientos de la institución del tratado, que nos encontramos en el caso insólito de que Estados no partes en un tratado deciden sobre la aplicación de este tratado. Y, evidentemente, esto supone una flagrante violación de la soberanía de los Estados”.¹²⁸¹

Precisamente la misma Fiscalía ha manifestado en el informe de actividades correspondiente a los años 2003-2006, que uno de los primeros desafíos que debió enfrentar fue determinar el método por el cual dar lugar a la jurisdicción de la Corte (Oficina de la Fiscalía, 2006). En ese informe se dice textualmente:

¹²⁸⁰FERNÁNDEZ VICIEDO, Yuri. “Efectividad de la Corte Penal Internacional”. Op. Cit.

¹²⁸¹Cfr. D’ESTÉFANO PISANI, Miguel A. “La Corte Penal Internacional y el principio de soberanía”. En: *Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario*, La Habana, 2000, p. 3. *Idem. Breve historia del Derecho Internacional*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2003.

While *proprio motu* power is a critical aspect of the Office's Independence, the Prosecutor adopted the policy of inviting and welcoming voluntary referral by territorial states as a first step in triggering the jurisdiction of the Court. This policy resulted in referrals for what would become the Court's first two situations: Northern Uganda and the DRC. The method of initiating investigations by voluntary referral has increased the likelihood of important cooperation on-the-ground support.¹²⁸²

En efecto, el Fiscal parece reconocer que el método de la investigación *proprio motu* ofrece mayores garantías de independencia en la actuación de la oficina del Fiscal. Es decir, él está consciente de que la autoremisión puede encerrar peligros para esta independencia.¹²⁸³ Con estos presupuestos, el Estatuto de Roma establece una CPI, como concluye MICHEL P. SCHERF,¹²⁸⁴ con dos sistemas de jurisdicción. Uno determinado por el cause de la remisión de situaciones por el CdS y tendría el carácter de universal sobre los crímenes de competencia de la Corte, recogidos en el artículo 5 de su Estatuto. Este procedimiento se encontraría sometido a las condiciones exigidas para la adopción de este tipo de medidas por parte del CdS. El segundo sistema estaría configurado por la remisión de situaciones por un Estado o por el Fiscal cumpliendo los requisitos previos para el ejercicio de la competencia.

En suma, el derecho penal internacional del enemigo, sería operativizado no sólo por la violación a principios básicos del Derecho penal, sino en relación a la función que pueda ejercer el CdS, discrecionalmente, para activar o desactivar la CPI, según la "impunidad" o "peligro" a contrarrestar. En efecto, en lo que compete a EE.UU, será muy posiblemente un arma de doble filo para obstaculizar una correcta aplicación de justicia, aún no siendo parte del ER, dado su importante papel como miembro permanente del CdS de la Organización de Naciones Unidas.

¹²⁸²Office of the Prosecutor, 'Report on the Activities Performed during the First three Years (June 2003-June 2006)', 12, September 2006. [online]. < http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP_3yearreport20060914_English.pdf>.

¹²⁸³FUENTES TORRIJO, Ximena. El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Estudios Internacionales*, nº. 169, Universidad de Chile. 2011, pp. 131-132. [En línea] <<http://www.revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/19414/20543>>. [fecha de consulta agosto 13 de 2012].

¹²⁸⁴SCHARF, M.P. The politics behind U.S. Opposition to the International Criminal Court. P. 65. En cita de ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco. La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: Hacia la paz por la justicia. Madrid: Dilex, S.L. p. 160.

6.7.1.3. Otros aspectos que deben ser valorados

Aún las críticas suscitadas,¹²⁸⁵ la CPI pretende ser un órgano independiente e imparcial, razonablemente estructurado para funcionar y que podría actuar con un rigor jurídico muy aceptable en todas las fases claves de su tarea. En estructura está formada por dieciocho (18) Magistrados que se eligen para un mandato de 9 años sin posibilidad de reelección según el artículo 36 de su Estatuto. Todos ellos expertos en derecho procesal y penal con los internacionalistas conocidos de la teoría y la práctica fundamentalmente del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, lo cual puede contribuir a mejorar la calidad de la justicia. Y además cuenta con una representación equilibrada de hombres y mujeres, expertos también en temas específicos como lo es violencia contra las mujeres o los niños.¹²⁸⁶ Y algo que es muy importante que se desprende de la lectura del Estatuto son las garantías procesales y sustanciales de los acusados.

En su conjunto los defectos encontrados desde el punto de vista jurídico son, notorios, por los argumentos anteriormente expuestos, debido a los condicionantes del medio internacional, por lo tanto, el resultado alcanzado es el único posible con los limitantes y factores de poder impuestos, que dominan el escenario de la práctica internacional. Habida cuenta que para alcanzar los resultados esperados, era necesario establecer una relación entre la CPI y la ONU, idea lógica pues quien promovió su desarrollo había sido la propia organización a través de la CDI bajo el impulso de la Asamblea General de la ONU. Además el peso de la organización sobre todo en la consolidación del Tratado era definitivo.¹²⁸⁷

De otra parte, no sobra advertir el gran avance del ER, respecto al papel de las víctimas, lo cual constituye una de las áreas de mayor evolución normativo y jurisprudencial en el Derecho penal internacional durante las últimas dos décadas. Pues las distintas iniciativas jurisdiccionales al fin de la Segunda Guerra Mundial estuvieron

¹²⁸⁵ GUITIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Op. cit, p. 587.

¹²⁸⁶ *Ibid.* p. 588.

¹²⁸⁷ ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: Hacía la paz por la justicia.* Op, cit, p. 119.

marcadas por la invisibilidad de las víctimas dentro de los procesos penales. A pesar de algunas referencias tangenciales a las mismas en algunos de los documentos preparatorios, los estatutos de los Tribunales Militares Internacionales en Nüremberg y el Lejano Oriente no contienen referencia alguna a las víctimas, o reconocen derecho alguno a las mismas.¹²⁸⁸

Así pues, la participación de las víctimas en los diferentes procedimientos internacionales es relativamente reciente si uno la compara con la evolución del papel del individuo en Derecho Internacional. En gran medida su evolución, siguió por un lado el camino del Derecho Internacional de los derechos humanos y en las últimas décadas afianzó su lugar dentro del Derecho Penal Internacional.¹²⁸⁹ En consecuencia, la participación de las víctimas cobra una importancia particular en los procedimientos ante los Tribunales Penales Internacionales donde se busca determinar la responsabilidad individual de las personas y en donde, debido al tipo de crímenes internacionales que son materia de su competencia, éstos afectan no sólo a las víctimas directas y a sus familiares, sino también a comunidades más amplias.¹²⁹⁰ Desde esta lógica el ER atribuye básicamente las siguientes prerrogativas como derechos de las víctimas:¹²⁹¹

¹²⁸⁸ MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. Op. Cit, p. 153.

¹²⁸⁹ Una participación genuina y real de las víctimas permiten dar al Derecho Internacional, en su rama penal o de derechos humanos, un alcance mayor al caso en particular de que se trate, al impactar no sólo en la víctima directa en su búsqueda de justicia, sino también en la comunidad a la que pertenecen y en muchos casos a la sociedad o nación de la que proviene. Cfr. VEGA GONZÁLEZ, Paulina. “La evolución de los derechos de las víctimas en los procedimientos internacionales”. En *Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional*. Op. Cit, p, 187.

¹²⁹⁰ Ibid, p. 187-188.

¹²⁹¹ Respecto al caso de Uganda, la Sala de Cuestiones Preliminares, en relación a los derechos de las víctimas, ha manifestado, que es necesario evitar que se conozca la identidad de las víctimas, dada la inestabilidad en la seguridad. En el mismo sentido, ésta parece ser la única medida posible y adecuada, considerando que el limitado ámbito de la fase de los procedimientos no justifica la adopción de una medida de seguridad más estricta y dirigida [...] (ICC-02/04-01/05-134). Al mismo tiempo se debe ejercer un cuidado extremo antes de permitir la participación anónima de víctimas, particularmente en relación con los derechos del acusado [...]. La sala examinará cuidadosamente las circunstancias precisas y el perjuicio potencial contra las partes y participantes en el proceso. Dado que la Sala conocerá siempre la verdadera identidad de las víctimas, será ésta quien esté en posición de determinar si alguna medida menor a revelar la identidad de la víctima puede ser suficiente para mitigar dicho perjuicio. (ICC-01/04-01/06-1119).

- a. Derecho a participar en procedimientos:** conforme al art 68.3 ER, la CPI permitirá, en las fases del juicio que consideré pertinente, que se presenten y se tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas¹²⁹² si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos.
- b. Derecho a obtener reparaciones:** En este supuesto es requisito *sine qua non* haber sufrido un daño, perjuicio o menoscabo – que puede ser no sólo físico, sino también psicológico, o pérdidas económicas, producto de un crimen de competencia de la Corte. Respecto a este punto, las Salas¹²⁹³ han reconocido que la determinación del vínculo entre el daño y el crimen es uno de los aspectos más complejos de la teoría penal. Dicha reparación tendrá lugar toda vez que el ER previó la creación de un fondo fiduciario de atención a las víctimas.¹²⁹⁴
- c. Derecho a obtener medidas de protección:** en lo que a esto se refiere el ER prevé la posibilidad de protección a las víctimas y los testigos, lo cual puede dar lugar en un supuesto determinado a la reserva de la identidad, e incluso audiencias a puertas cerradas.

¹²⁹² Es importante resaltar como se estableció en las primeras decisiones de las Salas de cuestiones Preliminares que: “El Estatuto otorga a las víctimas una voz independiente y un rol en los procedimientos ante la Corte. Esta independencia se debe poder ejercer, en particular *vis-à-vis* el Fiscal de la Corte Penal Internacional, de tal forma que las víctimas puedan exponer sus intereses”. (ICC-01/04-101). [traducción no oficial].

¹²⁹³ En palabras de la Sala Segunda de Cuestiones Preliminares: [...] la determinación de la naturaleza específica de dicho vínculo va más allá del propósito de una determinación realizada bajo la regla 89 de las RPP que se refiere a la participación de las víctimas en los procedimientos antes de la Corte. (ICC-02/04/101). [traducción no oficial]. Las salas han señalado que dicho análisis puede ser necesario eventualmente para determinar las reparaciones. (La solicitud de reparación que presente una víctima debe satisfacer los requisitos del artículo 75 del ER).

¹²⁹⁴ The Trust Fund for Victims (TFV) is the first of its kind in the global movement to end impunity and promote justice. At the end of one of the bloodiest centuries in human history, the international community made a commitment to end impunity, help prevent the gravest crimes known to humanity and bring justice to victims with the adoption of the Rome Statute. Consultado en [<http://www.trustfundforvictims.org/>] fecha de consulta septiembre de 2012.

Lo anterior evidencia –sin desconocer las alertas suscitadas– el gran avance en el porvenir de la CPI, aunque los sistemas de reparaciones y las medidas de protección a las víctimas no son realmente una novedad, sin embargo esto genera garantía a aquellas personas que participan en el proceso independientemente de la etapa procesal, para ayudar a esclarecer la verdad de la manera más segura y mejor posible; sin lugar a dudas esto genera gastos que recaerán o serán trasladados por los Estados cuando se active la competencia de la Corte para resolver un caso en concreto.

Finalmente es necesario hacer algunas precisiones que toman mayor fuerza, para pensar en una sólida y real justicia penal internacional. Es un hecho ineludible, que la creación de la CPI y puesta en funcionamiento después de muchos esfuerzos fallidos y con los antecedentes de Nüremberg, de entrada ya constituyen un factor positivo. Además, respecto a la competencia limitada de la Corte en aquellos Estados que no han ratificado el Estatuto y donde pueda eventualmente constituirse un crimen internacional, aquella puede ser subsanada en el supuesto que el CdS obrando con plenos poderes, actuando de conformidad con el artículo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remita la causa que implique a un Estado no parte a la Corte¹²⁹⁵, en cuyo caso la CPI actuaría como Tribunal *ad hoc*, como aquellos establecidos en Rwanda y la Ex Yugoslavia. La duda está en el siguiente aspecto:

¿Podría pasar esto respecto de ciudadanos de los Estados Unidos de Norte América? De no ser así, ¿Seguirían los Estados partes del ER su acatamiento al no encontrar seguridad e igualdad jurídica en el orden internacional? Esto podría degenerar una no justicia, o por el contrario, la misma impunidad que dice combatir el ER, y peor aún, ratificaría la apuesta por un derecho penal del enemigo, para los no amigos de EE.UU y sus aliados. Si las respuestas a estas preguntas a futuro se confirman como positivas, degenerarían en la des-legitimidad de la aplicación del Derecho penal internacional, con pérdida de credibilidad en sus preceptos, luchando contra la impunidad al mismo tiempo que crea impunidad. Y muy posiblemente, se

¹²⁹⁵MUÑOZ, María Isabel. *La Corte Penal Internacional: Un largo camino*. Op. Cit, pp. 51-52.

volvería a confirmar un Derecho penal internacional liderado para castigar a los que no tienen poder de actuación en las políticas que se imponen, sentenciando y eligiendo sin reparo, quiénes serían los titulares de enemistad a ser cosificados y tratados como enemigos en el ámbito internacional.

CAPÍTULO VII. TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Escribió el militante Joaquín Herrera Flores: “*No dejes nunca de tallar tu propia estatua, como decía el filósofo Plotino a sus sorprendidos discípulos*”.¹²⁹⁶ Querido lector, insiste el autor; talla, construye, reconstruye tu estatua, es decir, las representaciones y figuraciones que tienes de ti mismo y del mundo que te rodea. No aceptes pasivamente convertirte en un trozo de mármol o de latón colocado en medio de una plaza, haciendo algún signo de victoria o de compasión. Deja que las palomas se sirvan de ti para su descanso y que los niños jueguen en tus rígidos brazos. Abandona la pose de seriedad y transfórmate en material flexible ante la mirada y las sonrisas de los que te contemplan.

Lo expresado no sólo convoca a transformar, sino a participar de forma activa en la construcción y recreación de las diversas formas de concebir el mundo lejos de concepciones hegemónicas. Por ello, en dicho llamado la pasividad no puede ser parte del ser humano como sujeto activo que piensa, actúa, y reconstruye, provocando transformación como vía alterna de lucha por los malestares que se presentan en la cotidianidad. Se trata entonces de un intento por vencer el miedo para reinventar un mundo diferente, libre de la opresión y la miseria como armas homicidas que a diario matan a centenares de personas sin necesidad de acudir a la guerra, como si la injusticia fuese la “ley natural”.¹²⁹⁷

Los malestares presentados en esta investigación con el paradigma del “enemigo” han sido diversos y complejos, desde África hasta América, sin desmeritar a Europa, guardan un panorama donde los protagonistas presentados temen por sus derechos en razón a los escenarios grises y difusos que marcan sus vidas, al

¹²⁹⁶HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso. Breve tratado sobre Arte y Dignidad*. Traducción de Nilo Kaway Jr. Cesusc e a Bernúncia Editora, 2007, p. 3.

¹²⁹⁷GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba*. Op. cit, p. 9.

permanecer en continuas zonas de penumbras que no les permiten alcanzar la reivindicación de sus derechos. Por ende, obligatoriamente hay que incitar a la acción: “la continuidad de una cultura de violencia y guerras, la realidad de las relaciones transculturales y de las deficiencias en materias de convivencia individual y social que sufren las cuatro quintas partes de la humanidad, (entre otras cosas), nos obligan a pensar y, por consiguiente, a reconstruir los derechos desde una perspectiva nueva, integradora, crítica y contextualizada en prácticas sociales emancipadoras”.¹²⁹⁸

En consecuencia, el compromiso como personas que reflexionan sobre –y se comprometen con– los derechos humanos, reside en poner las “frases” a las prácticas sociales de individuos y grupos que luchan cotidianamente, para que esos “hechos” que se dan en los contextos concretos y materiales en que vivimos, puedan ser transformados por otros más justos, equilibrados e igualitarios.¹²⁹⁹ Luchar y poner las frases no deja de ser una tarea ambiciosa, cuando las persistentes manifestaciones violatorias de derechos humanos fundamentales, son la muestra ilustrativa de los continuos retrocesos que incitan al descontento colectivo.

Tras escenarios de barbarie las luchas dejaron el legado de entender el respeto a los derechos humanos como el gran triunfo de la humanidad. Sin embargo, con la carencia de tales derechos, hipócritamente se construyen “sólidos” Estados de Derecho, pues aparecen fuerzas despóticas que debilitan el sentido real de los derechos humanos en los que tradicionalmente se han inspirado los más finos valores democráticos.

La razón que se argumenta es que, se avanza sin reparo a una época centrada en mecanismos de ataque contra la paria social con fácil aceptación del recurso a la aniquilación, en una sociedad donde la guerra, la exclusión, la miseria y la homogeneidad,¹³⁰⁰ se imponen como las normas de primer orden. Todo parece el

¹²⁹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Op. Cit, p. 20.

¹²⁹⁹ *Ibid*, p. 20.

¹³⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo*. Op. Cit, p. 30.

síntoma de un letargo incontrolado que nos hace caminar como “sonámbulos por el mundo que hemos creado, ajenos a lo que hemos perdido”.¹³⁰¹ Empero, ser indiferentes es la primera medida para no denunciar una generalidad de problemáticas que en cualquier momento podrían derivar en colapso, antes que convocar a la construcción de un *contrato social de la humanidad*.¹³⁰²

Esta situación directamente amenaza a la civilización por la complejidad de procesos que dieron origen a la modernidad, en un conjunto de hechos que tienden al colapso; la división del trabajo internacional, por ejemplo, consiste en que unos países se especializan en ganar y otros en perder;¹³⁰³ se sobrevive a una cultura de masas donde la ciencia y el conocimiento se ponen al servicio de la producción de valores y símbolos claramente estereotipados.¹³⁰⁴ Esta aporía que se presenta según Theodor W. y Horkheimer, obedece a la autodestrucción de la ilustración; donde la libertad, concepto inseparable del pensamiento ilustrado contiene ya el germen de aquella regresión que hoy acontece por doquier.

Con esta serie de sucesos los derechos parecen moverse como un péndulo de un lado a otro, en la medida que las Constituciones, códigos, leyes, tratados y demás, se valoren como progresistas o represores; no obstante cierta pasividad, no se puede permanecer de ningún modo, indefinidamente dormido. Ese letargo arriba mencionado, opera en un grupo particular, en aquellos a los que la lucha por la dignidad no interesa, o a los que la defensa de los derechos humanos les es indiferente. Por eso la lucha por la reivención de los derechos humanos debe ser una constante para mantenerlos “despierto” y con un sentido vivo legitimante.

Partiendo de la concepción de los derechos humanos, instruida por HERRERA FLORES, aquellos pueden ser entendidos como: “*procesos sociales, normativos,*

¹³⁰¹ HEATH, Joseph y POTTER, Andrew. *Rebelarse vende. El negocio de la contracultura*. Gabriela Bustelo (trad.). Bogotá: Taurus, 2005, p. 333.

¹³⁰² LÓPEZ LÓPEZ, José Luis. “Pensar el otro, vivir con el otro”. José L. Romero y Antonio Camacho, (dirs.). En *Política migratoria y educación social*. Universidad de Sevilla, 2002, p. 66.

¹³⁰³ GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. La cueva ed, 1971, p. 3.

¹³⁰⁴ Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, op. cit., p. 30.

económicos y políticos que abren o consolidan espacios de lucha por la dignidad humana".¹³⁰⁵ Los derechos humanos, como por lo general, todo fenómeno jurídico y político, están penetrados por intereses ideológicos y no pueden ser entendidos al margen de su trasfondo cultural.¹³⁰⁶ En tal sentido, al entenderlos también como procesos culturales que surgen de las relaciones sociales, deben ser adaptados a cada realidad sin perder su esencia.

Por ello es necesario militar independientemente de las coyunturas opresoras que debilitan el compromiso por los derechos humanos. A este respecto, cada persona individual o colectivamente pensada, tiene un papel para repensar las ideas superpuestas a lo largo de la historia; no se nos puede imposibilitar la facultad de pensar y repensar el mundo, este es un compromiso vital en la construcción de una teoría crítica de los derechos humanos.

Para lograrlo hay que llegar a acuerdos, o procurar una *disonancia cognitiva*¹³⁰⁷ mediante actos simbólicos de resistencia por las cosas que no funcionan;¹³⁰⁸ pues hay quienes están tan acostumbrados a su forma circular de vida que "son patéticamente dependientes del sistema y lucharán también por defenderlo".¹³⁰⁹ De ahí que el discurso contra el enemigo no es un hecho gratuito.

En efecto, si nos preguntamos acerca de cuáles son las cuestiones, los problemas, los retos, que se plantean en nuestro nuevo siglo, no faltarían el grupo de

¹³⁰⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. Documento esquema básico de la teoría crítica de los derechos humanos. (2009). La Teoría Crítica de los Derechos Humanos que se viene proponiendo desde el Programa Oficial de Postgrado en "Derechos Humanos y Desarrollo" impartido en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (en colaboración interuniversitaria con la Universidad Internacional de Andalucía) y dirigido por el Prof. Dr. Joaquín Herrera Flores, supone un intento de construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo.

¹³⁰⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. Op. Cit. p. 23.

¹³⁰⁷ Según este concepto, originario de Festinger, la disonancia permite que una persona pueda llegar a acuerdos respecto de tensiones, con lo cual se intenta reducirla para lograr la consonancia. Cfr. FESTINGER, León. "La teoría de la disonancia cognoscitiva (extracto por A. Ovejero)." *Psicothema*, vol. 5. 1993, pp. 201-206.

¹³⁰⁸ HEATH, Joseph y POTTER, Andrew. Op. cit, pp.17-18.

¹³⁰⁹ *Ibid*, p. 18.

de escépticos que pensarían que las cosas no tienen arreglo, y, “consabida frase pensarían que, el mundo es así... Se oculta una actitud más cómoda, sobre todo para los que no sufren en absoluto las desventajas de la diferencia (los prepotentes); y también para los que no padecen de modo agudo la discriminación negativa que la diferencia puede suponer (los resignados).¹³¹⁰

que Correlativo a lo anterior, no se puede excluir del sistema al que piensa diferente, pues pensar, es crear,¹³¹¹ es una tarea de resistencia frente a las debilidades y pasividades que marcan los planos de trascendencia, y, como tal, una afirmación de indignación frente a lo intolerable.¹³¹² Lo primero que se puede advertir aquí, “es que cualquier acercamiento a los derechos que simplifica o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas consecuencias para los que cada día sufren las injusticia de un orden global basado en la desigualdad y en la invisibilización de las causas profundas de su empobrecimiento”.¹³¹³ Causa primaria para impulsar procesos emancipadores que reconstruyan los espacios de lucha por la libertad y la dignidad.

7.1. Venciendo el miedo: a propósito de la teoría crítica de los derechos humanos

Los fundamentos de una apuesta crítica, aún el estudio *iustificatorio* de diversos pensadores, viene dado con la ESCUELA de FRANKFURT, con estas bases se inspiró *La dialéctica de la ilustración*, obra que muestra algunos retos que deben ser superados en el enigma de las luchas de clases, apostándole a una verdadera ideología que no justifique el escenario sociocultural imperante por ser adverso y despótico, buscando una coexistencia más que racional, humana, creando condiciones para que las personas puedan experimentar otra forma de ver el mundo, “trabajando con un gran compromiso social emancipatorio de las estructuras establecidas en la sociedad

¹³¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, José Luís. Op. Cit, p. 66.

¹³¹¹ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Op cit. p. 43.

¹³¹² *Ibid*, p. 45

¹³¹³ *Idem*. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. Op. Cit. p. 19-20.

moderna, para comprender porqué la humanidad en lugar de alcanzar un estado verdaderamente humano se hunde en una forma nueva de barbarie”.¹³¹⁴

Estos malestares han impulsado un pensamiento crítico y emancipador, lo cual obliga a construir una teoría crítica de los derechos humanos. Pero a *¿Qué debemos llamar crítica?* O dicho de otra forma, *¿Qué es la crítica?* el francés RANCIÈRE¹³¹⁵ propone que sí un “pensamiento crítico” existe, hoy en día, es la actividad que evalúa la multiplicidad de los movimientos sociales y la multiplicidad de los discursos radicales bajo el criterio de la condición de posibilidad de cualquier política emancipadora que sea la presunción de igualdad.

Por su parte, FOUCAULT¹³¹⁶ para intentar responder dicha cuestión, manifiesta que es necesario tener a la mano algunos propósitos entorno a un cierto proyecto que no ha dejado de formarse, prolongarse, y renacer en los confines de la filosofía, muy cerca de ella, contra ella, a sus expensas— en dirección de una filosofía por venir, en el lugar, quizás, de toda filosofía posible. Según el autor, la respuesta estaría dada porque al parecer “en el Occidente moderno (ubicado, toscamente, empíricamente desde los siglos XV y XVI), una cierta manera de pensar, de decir, de actuar, una cierta relación con lo que existe, con lo que se sabe, con lo que se hace, una relación con la sociedad, con la cultura, una relación, también con los otros, suscito lo que se pudiera llamar, digamos, la actitud crítica”.

Diversos pensadores en distintas épocas lo han reiterado, BOAVENTURA,¹³¹⁷ por ejemplo, insiste en que necesitamos otro tipo de racionalidad, y es allí donde impulsa un tipo de racionalidad más amplia, precisamente para perseguir una teoría crítica de

¹³¹⁴ADORNOS, Theodor W y HORKHEIMER Max. Op. Cit. p. 11.

¹³¹⁵RANCIÈRE, Jacques. “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”. En *Estudios Visuales*, nº. 7, 2010. p, 89.

¹³¹⁶FOUCAULT, Michel. *Crítica y Aufklärung, “¿Qu’est-ce que la Critique?”*. Traducción de Jorge Dávila. [En línea] En *Revista de Filosofía-UCLA*, 8, 1995. p. 1-2. Tomado de: <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>. Traducción de la conferencia dictada por el autor el 27 de Mayo de 1978 ante la Sociedad Francesa de Filosofía. [Consultado en Noviembre 13 de 2012].

¹³¹⁷DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*. Encuentro en Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 44.

acuerdo a las necesidades del hoy. También HABERMAS¹³¹⁸ lo ha dicho con insistencia, afirmando que “la crítica en tanto proceso histórico identificado con lo utópico, lo radical y lo desmitificador, asume la función de abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas”. Los anterior no se distancia de ADORNO y los teóricos de la ESCUELA DE FRANKFURT¹³¹⁹ si se entiende la ‘crítica’ como la “aceptación de la contradicción y el trabajo permanente de la negatividad presente en cualquier proceso de conocimiento.

La crítica sería a los ojos de KANT lo que él podría decir: *¿Sabes bien hasta dónde puedes saber?* razona tanto como quieras, pero *¿sabes bien hasta dónde puedes razonar sin peligro?* En resumen, la crítica dirá que nuestra libertad se juega menos en lo que emprendemos, con más o menos coraje, que en la idea que nos hacemos de nuestro conocimiento y de sus límites.¹³²⁰

Esa aptitud “crítica”¹³²¹ también puede comprender aquel conocimiento que no es dogmático ni permanente, pero que existe en un continuo proceso de autoconstrucción. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento crítico sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad. De esta manera, sí algún tipo de pensamiento crítico es necesario hoy en día, es el pensamiento que se sale del circuito de “ignorancia” y “culpabilidad”.¹³²²

Por ello los derechos como los “camino de dignidad” constituyen temas que siguen siendo hoy susceptibles de “otra mirada”, de un “mirar mejor”,¹³²³ para no caer en la idea de que la dominación se auto-impone ante la ignorancia e ilusiones de sus

¹³¹⁸ WOLKMER, Antonio. Op. Cit. p. 27.

¹³¹⁹ HORKHEIMER, Max., *Crítica de la razón instrumental*. Murena, H. A., & Vogelmann, D. J. (trad.). Buenos Aires: Sur, 1969, p. 29.

¹³²⁰ FOUCAULT, Michel. Op. Cit. p. 6.

¹³²¹ WOLKMER, Antonio. Op. Cit. p. 27.

¹³²² RANCIÈRE, Jacques. Op. Cit. p. 89.

¹³²³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Op. Cit. p. 34.

sujetos,¹³²⁴ y así intentar pensar de otro modo, en tanto, pensar no es repetir, “es revelarse a las formas dominantes de pensar”.

El pensar en sí, en palabras de HORKHEIMER,¹³²⁵ tiende a ser remplazado por ideas estereotipadas. Éstas por un lado, son tratadas como instrumentos puramente utilitarios que se toman o se dejan en su oportunidad y, por otro, se las trata como objetos de devoción fanática. Pensar de otro modo “sólo es concebible, pues, “como la reacción cultural más importante que podamos llevar a cabo. En esto consiste eso que podemos llamar el proceso de humanización de lo humano”.¹³²⁶ Algunos serían partidarios de impulsar un movimiento que denominan *contracultura*, como la única manera de liberarse y liberar a los demás pero resistiéndose a la cultura en su totalidad.¹³²⁷ Esto es, rebeldía, militancia, para luchar contra sistemas opresores, que dominan y controlan el pensar, y los modos de vivir, con los patrones culturales.

En fin, razón, libertad, justicia social, dignidad, son ideas básicas que soportan la arquetipo de la crítica, estrategias que muchas veces por el descontento de la época tiende al pesimismo. No obstante, lo que a aquí se quiere explicar es la necesidad de alternativas de cambio, que coincidan con la puesta en función de estándares mínimos de bienestar que dignifiquen lo que significa ser seres humanos, para intentar ser más humanos. Pero en esto es necesario advertir, que la teoría crítica como propuesta emancipatoria no es cuestión de intelectuales, es cuestión de luchar y poner las frases en la construcción de caminos por y para los derechos humanos.

¹³²⁴ RANCIÈRE, Jacques. Op. Cit. p. 89.

¹³²⁵ HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. A. Murena. D.J. Vogelmann (trad). Buenos Aires: Centro de Estudios Miguel Enriquez, 1973, p. 66.

¹³²⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Op. Cit, p. 44.

¹³²⁷ HEATH, Joseph y POTTER, Andrew. Op. cit, p. 18.

7.1.1. La teoría crítica como marco revolucionario y emancipador

Con la teoría crítica como marco revolucionario y emancipador se intenta problematizar para controvertir acciones que han sido toleradas y concebidas por el poder hegemónico, para impulsar las garantías conquistadas a lo largo de la historia. Por tal motivo, lo que se problematizó, esto es, el derecho penal del enemigo, ligado a diferentes cuestiones estructurales que debilitan la esencia del derecho, obedeció a un intento por provocar y alertar como mecanismo de resistencia, por la presencia de un grave malestar que atenta de manera clara contra los derechos humanos al plantearse y aplicarse una doctrina de combate contra individuos especialmente peligrosos, que como se observó, no pretende tratar con personas sino con “enemigos”.

Se ambiciona entonces –como fórmula de reproche– llamar la atención, o mejor aún, visibilizar dicha tendencia, para “hacer visible y recordar lo que no está a la vista: el sufrimiento pasado y la posibilidad de lo otro frente al *statu quo* existente”.¹³²⁸ Con ello, la pretensión es generar opciones para transformar, pues las vocaciones legislativas con las constantes reformas procesales y penales en el eje planetario se hacen cada día más peligrosas, se restringen cada vez más los derechos humanos a causa de estereotipos sociales como los del “enemigo” para impulsar medidas de seguridad incomprensibles, a sabiendas que en el sistema jurídico la seguridad como necesidad humana se presenta en forma de derecho, sin ser una necesidad primaria, más bien secundaria, respecto a todas las otras necesidades básicas o reales que si pueden definirse como primarias.¹³²⁹

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

¹³²⁸ZAMORA, José Antonio. T. W. Adorno: Pensar contra la barbarie, Madrid, Trotta, 2004, p. 129; Meritxell Peleato García, “La actualidad ética del pensamiento de T. W. Adorno”, en Astrolabio. Revista electrónica de filosofía, núm. 1, 2005, disponible en <http://www.ub.edu/astrolabio/Recensiones1/Recensi%F3n_Adorno.pdf>. Consultada el 13 de junio de 2013.

¹³²⁹BARATA, Alessandro. “Concepto actual de seguridad en Europa”. Op. Cit, p. 17.

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

La teoría crítica¹³³⁰ surge tornando explícito su compromiso con la realidad social, por ende, no puede entenderse como un compendio de propuestas teóricas dadas de una vez por todas, sino como un análisis del proceso histórico que debe constituirse desde un presente concreto, repensando y reelaborando las contribuciones realizadas en esta tradición. Su cometido hoy sería por tanto, recibir esta gran “herencia teórica” y actualizar sus herramientas de análisis desde la experiencia de unas circunstancias transformadas; concepción que como ha expresado HELIO GALLARDO en sus discursos, la teoría crítica, o bien, es respuesta a la actualidad, o no es nada. Su objetivo es “comprender la dinámica de los procesos sociales, pero el motor de esta comprensión es el impulso de intervenir en ellos, de intentar responder a la injusticia y al sufrimiento socialmente producido que persiste y sigue pesando sobre los sujetos”,¹³³¹ ante los excesos en el propio actuar humano. Situación que manifiesta el riesgo para cumplir con el cometido de buscar sociedades menos excluyentes.

Esta apuesta teórica se juega su sentido en el marco de las acciones sociales. De ahí su constante atención al estado de las luchas por la dignidad en nuestro mundo y el convencimiento de que para hablar de derechos humanos y actuar en función de los mismos exige la asunción plena de compromisos y deberes con respecto a los otros, a nosotros mismos y a la naturaleza. Nuestro fin es claro: *proponer una nueva cultura de derechos humanos en la que si los hechos contradicen la teoría, peor para la teoría.*¹³³²

Tal afirmación es clara y no menos compleja, es un reto y una lucha constante,

¹³³⁰ GALLARDO, Helio. *Teoría crítica y derechos humanos*. Op. Cit. p. 87-88.

¹³³¹ MAISO, Jordi. *Actualidad de la teoría crítica*. En *Revista de teoría crítica*, nº. 1, 2009, p, 177.

¹³³² HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos Humanos*. Op cit, p. 86.

ya HANNAH ARENDT¹³³³ ha reiterado también dicha dificultad, pues declarar que “existen” unos derechos humanos conlleva un doble expolio: “a) dan a un hombre abstracto, que no existe, los atributos que no tiene el hombre concreto y b) se niega a la cruda realidad (de hombres sin derechos) capacidad de significación teórica”. Críticas a los derechos humanos que no surgen, evidentemente, del poco aprecio por esa figura, sino del máximo reconocimiento de su significación. Los derechos humanos son la joya de la corona de la modernidad. Tomárselos en serio significa re-pensar el lugar en ellos de todos aquellos seres humanos que no tienen más capital que su dignidad de origen.¹³³⁴

Todas estas apreciaciones son la base de una manifestación renovadora para desestabilizar, porque no sólo las normas forman el Derecho y “hay que ser capaces de enunciar, aproximadamente al menos, qué es lo que está mal. Pero lo esencial de nuestro problema reside, en que tenemos grandes dificultades para hacer precisamente eso”.¹³³⁵ Pues puede ocurrir que quien se rebele contra el sistema en coyunturas específicas, lo haga como estrategia de supervivencia ante un proceso de creación jurídica que debilita los derechos y los transforma en discursos autoritarios independientemente de los procesos culturales, traspasando el discurso de los derechos a estrategias de mercado. Como si se tratara de un comodín de poca trascendencia en la vida misma, donde los derechos humanos se entenderían como, eso, “los derechos del mercado”.

Este repensar de los derechos humanos como centro de las preocupaciones y controversias contemporáneas tiene una gran carga semántica, máxime cuando se recrimina a quien piensa y actúa de un modo diferente. El que se rebela por tanto, corre el riesgo no sólo de ser tachado, sino también de perder sus derechos, “(...) nos han robado los derechos y nosotros seguimos empeñados en buscarlos iluminados por la retórica y la ideología de los ladrones”.¹³³⁶ Derechos que se han ganado a través de

¹³³³ RÚPEREZ MATE, Manuel Reyes. “Hannah Arendt y los Derechos Humanos”. *Arbor*. Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXVI, nº. 742, 2010. p. 4.

¹³³⁴ *Ibid.* p. 4.

¹³³⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona. 1997, p. 63.

¹³³⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. Op, cit. p. 24- 26.

luchas sociales, se han perdido; por lo cual sería fácil concluir que los derechos humanos “constituyen el principal reto para la humanidad en los umbrales del siglo XIX”,¹³³⁷ pues el que levanta la voz en un tono fuerte para reivindicar sus derechos, muchas veces se le silencia como una cosa inicua y se le sataniza.

Para ello se recurre como arma de primera mano, a herramientas y fuentes de poder que cambian pensamientos, esto es, a la politización de los medios de comunicación,¹³³⁸ que además de mantenernos en ocasiones malamente informados, se valen de las imágenes para transformar cerebros e imponer modelos de conductas para que no sean cuestionadas y marcar pautas estereotipadas. Es más, como se desprende de la teoría del miedo:

Los medios de comunicación, las enseñanzas en las escuelas, los libros de historia, los contenidos de las películas, y por supuesto, las imágenes repetidas una y mil veces de los atentados del 11 de Septiembre de 2001, llevan a la gente a sentir un miedo cerval a salir a las calles sin armas, a relacionarse con gente de otras razas, o intentar comprender los hechos que suceden a nuestro alrededor de un modo complejo, sin reduccionismo ni estereotipos (...). El miedo como factor de control social, es el elemento más deshumanizador que existe.¹³³⁹

Este malintencionado uso del lenguaje, por el poder y el impacto que tienen las palabras, en cualquier actuar, sea político, jurídico o de cualquier otra índole, es lo que hace que en el diario vivir se reproduzca un proceso de destrucción constante; y en esto los medios de comunicación tienen un grado alto de responsabilidad social. Esta es la paradoja de las circunstancias existentes, por tanto, hay que exigir el respeto por los derechos humanos como manifestación de rechazo por el sistema imperante.

En esta lucha es fundamental resaltar el papel preponderante de las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), que ante procesos complejos, se han arriesgado a tener persistencia en la difícil tarea de defender unos ideales, cuando

¹³³⁷ *Ídem. La reinención de los derechos humanos. Op. Cit, p. 11.*

¹³³⁸ Según un destacado historiador, por ejemplo, “los nazis lograron hacer semejante atrocidad insólita en la historia de la Humanidad gracias a su empleo de los medios de comunicación”. Cfr. HEATH, Joseph y POTTER, Andrew. Op. Cit, p. 35.

¹³³⁹ *Ídem. Los derechos humanos como productos culturales. Op. Cit. 174.*

ellas mismas han sido blanco directo de ataques. Hoy, esta disputa debe vincular en sentido amplio a la sociedad civil, para cuestionar el poder de *facto* y garantizar de este modo, vigilancia y control desde esferas de participación social, estableciendo como norte el respeto por la vida misma, para no caer en la autodestrucción que se vive y se ha vivido desde décadas pasadas, puesto que, la violencia y todas las manifestaciones derivadas de la lucha contra el enemigo, parecieran fortalecerse día a día en múltiples expresiones:

En el siglo XXI, el ejército norteamericano (o cada uno de sus aliados) asesina a personas con sentimientos, proyectos, deseos, familias y amistades sólo tras rebajarlos a la condición abstracta de *terroristas*. En las barriadas pobres de América Latina mueren con violencia cada fin de semana centenares de jóvenes sólo porque el sistema los ha calificado como *excedentes sociales* o *desechables*. El ser humano es un *sofisticado mono* imitador de conductas y capaz, junto a los otros, de dotar o negar el sentido a su existencia gracias a las palabras.¹³⁴⁰

De tal suerte, en ocasión a la aflicción y desesperanza que se sumerge en el colectivo social, aunque el Derecho como fuente de regulación pierde peso y es cuestionado, hay que reorientarlo en aras del buen vivir, del vivir dignamente en sociedad, para que la razón del Derecho se ejerza libre de cualquier fuerza extraña de poder para no interiorizar este desconcierto por los contextos conflictuales que parecieran no tener solución alguna. Se necesita de algo más que de una simple retórica pues “el *genio invisible* que siempre amenaza a la obligación política –la tentación de la desobediencia– termina tomando cuerpo, las diferencias sociales dejan de verse como *naturales* y lo que se veía como evidente deja de serlo para pasar a formar parte del arsenal del descontento”.¹³⁴¹

Como se puede evidenciar se vive en un ambiente de constante incertidumbre; esto está ligado a la existencia de plexos normativos que se corrompen constantemente; por ello es imperioso entender que los derechos humanos no se pueden utilizar al vaivén de los poderosos, pues se caería en poner a los mismos

¹³⁴⁰ MONEDERO, Juan Carlos. *El Gobierno de las palabras. Crítica y reconstrucción de la política*. El gobierno de las palabras. Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional. 2007. p. 5.

¹³⁴¹ Ibid. p. 4.

derechos humanos en un discurso que los convierte en todo y “nada” al mismo tiempo. Los derechos humanos “no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social. Realmente son producto de un proceso que exige crearlos y recrearlos a media que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad”.¹³⁴²

Las anteriores premisas hay que analizarlas minuciosamente, nada surge porque sí, siempre hay una razón detrás de la cara oculta del poder y quiérase o no, las transformaciones nunca aparecen de la nada; y en todo o en parte el porvenir de los derechos en textos legales e instrumentos internacionales, dependerá en buena medida del poder, en efecto el derecho es un instrumento de dominación. “El poder es, simétricamente perpetuo en el tiempo histórico: expulsado, extenuado aquí, reaparece allá; jamás perece: hecha una revolución para destruirlo, prontamente va a revivir y a rebrotar en el nuevo estado de cosas. La razón de esta resistencia y de esta ubicuidad es que el poder es el parásito de un organismo transocial, ligado a la entera historia del hombre, y no solamente a su historia política e histórica.”¹³⁴³

Sin lugar a dudas, por el poder que se despliega y no sólo en el orden mundial, sino incluso regional, surgen diversos malestares que politizan los derechos humanos para volverlos la armadura del poder hegemónico, esto hace que se genere mayor confusión y la solución se busca en la represión, lejos de la existencia del respeto por el Otro y de lo otro.

Sirve de agravante las circunstancias que legitiman contextos donde el poder es maléficamente utilizado, vendiendo la falsa idea de que limitar la libertad y crear mayor coacción a través del Derecho podría generar más seguridad, aún cuando las circunstancias históricas han demostrado lo suficiente que, la ley por ser ley como fuente de creación del derecho no es requisito *sine qua non* de justicia, ya que se contamina con la manipulación del poder en un juego de apariencia y realidad, donde la verdad es algo abstracto; en un proceso donde “(...) los derechos humanos figuran

¹³⁴² HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”. Op. Cit, p. 27

¹³⁴³ MONEDERO, en el Prólogo: “robaron las palabras...”. Op. cit, p. 4.

siempre como la utopía, como el horizonte utópico realizable, sometidos a obstáculos que impiden constantemente su plena satisfacción”.¹³⁴⁴ Si tal cosa es así, para delimitar los derechos humanos de los intereses de los poderosos y acercarlos a las reivindicaciones, anhelos y valores de los individuos, grupos y culturas subordinadas, deben ser entendidos dentro de esa concepción contextualizada del derecho como:

conjunto de procesos dinámicos de confrontación de intereses que pugnan por ver reconocidas sus propuestas partiendo de diferentes posiciones de poder. Desde aquí los derechos humanos deben ser definidos como eso, como sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana.¹³⁴⁵

No obstante, el descontento visibilizado por el “cansancio de los que gritan”, persisten luces que dan otras pistas; precisamente el pesimismo y la desconfianza en la capacidad del mismo hombre para organizar racional y dignamente su entorno, es lo que ha suscitado este aporte teórico de cara a muchos matices y realidades histórico-culturales, para cuestionar el pensamiento dominante, porque “aquel abandona voluntariamente su elemento crítico y se convierte en mero instrumento al servicio de lo existente, y contribuye sin querer, a transformar lo positivo que había, abrazando en algo negativo, destructor”.¹³⁴⁶

Por ello la apuesta es por una teoría crítica como marco revolucionario, para alertar, *inter alia*, sobre el uso arbitrario del poder, de las necesidades insatisfechas, del debilitamiento de los derechos humanos, y sobre todo, del manejo de la razón, “ya que el pensamiento se convierte inevitablemente en mercancía y el lenguaje en elogio de la misma”.¹³⁴⁷ La pretensión es, ser capaces de superar las abstracciones y proponer una reflexión que impulse, sistematice y complemente las prácticas sociales

¹³⁴⁴HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. Op. Cit, p. 41.

¹³⁴⁵ *Ibid.* p. 41.

¹³⁴⁶ADORNOS, Theodor W y HORKHEIMER Max. *Dialéctica de la ilustración*. (Trad) Joaquín Chamorro Mielke. Akal (ed), Madrid, 2007. p. 12.

¹³⁴⁷ *Ibid.* p. 12.

en un sentido crítico, subversivo y transformador.¹³⁴⁸ Así pues, solamente una teoría “crítica” puede desembocar en la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin liberación.¹³⁴⁹ Y evidentemente, urge liberarse de esa guerra impune que se sustenta en los términos de supervivencia de los poderosos sobre los oprimidos para luchar por la vigencia de los derechos humanos.

En la meta de luchar por la reivindicación y como invitación para volver a la historia en la construcción del presente, TRAVERSO¹³⁵⁰ desarrollo una serie de reglas y elementos que merecen mención. La primera regla es la *contextualización*; consiste siempre en situar un acontecimiento o una idea en su época, en un marco social, en un ambiente intelectual y lingüístico, en un paisaje mental que le son propios. Luego está el *historicismo*, es decir, la historicidad de la realidad que nos rodea, la necesidad de abordar los hechos y las ideas desde una perspectiva diacrónica que capte sus transformaciones en la duración.¹³⁵¹ Concluyentemente, volver al pasado es una tarea obligatoria, la conciencia del pasado es esencial para nuestro bienestar en múltiples aspectos; serviría para algo más que confirmar o refutar hechos históricos: daría a la historia una nueva dimensión.¹³⁵²

Es constatable el hecho de que para poder cambiar el presente, hay que empezar por volver al pasado. “Si lo celebramos o lo rechazamos, si le prestamos atención o lo ignoramos: el pasado se encuentra omnipresente”.¹³⁵³ Esta es una señal importante para empoderar, en el sentido aquí estudiado, los derechos humanos desde abajo, pues lucha tras lucha los acontecimientos enseñan el legado manifiesto en nuestro presente. También es una pista para entender la historia desde abajo¹³⁵⁴ como

¹³⁴⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos Humanos*. Op cit, p. 86.

¹³⁴⁹ WOLKMER, Antonio. Op. Cit. p.29.

¹³⁵⁰ TRAVERSO, Enzo. *La historia como campo de batalla. Interpretar las violencias del siglo xx*. Fólica, Laura (trad.), Buenos Aires: Fondo de Cultura económica, 2012, pp. 25-26.

¹³⁵¹ Este método de puesta en historia difiere tanto del “historismo” clásico (NIEBUHR, RANKE Y DROYSSEN) como del historicismo positivista, hoy más expandido de lo que uno creería o de lo que querrían admitir los mismos que lo practican. Ibid, p. 26.

¹³⁵² LOWENTHAL, David. *El pasado es un país extraño*. Madrid: Akal, 1998, p. 5.

¹³⁵³ Ibid. p. 5.

¹³⁵⁴ BURKE, Peter. *Formas de hacer historia*. Madrid: Alianza, 2012, pp. 56-57.

medio de restituir a ciertos grupos sociales una historia que podía haberse dado por perdida o de cuya existencia no eran conscientes. La historia desde abajo contempla una profundidad mayor, una de ella es servir de correctivo, es una especie de aura de subversión.¹³⁵⁵

La historia, enfatiza TRAVERSO,¹³⁵⁶ no tiene un sentido que le sea propio ni que se desprenda de sí misma a través de una reconstrucción rigurosa de los hechos. BENJAMIN ya nos advierte sobre las trampas de una escritura de la historia concebida como la narración de un tiempo lineal, “homogéneo y vacío”, que entra en empatía con los vencedores y desemboca irremediabilmente en una visión apologética del pasado.

Se trata pues de indagar sobre los términos y condiciones de la emergencia de un nuevo horizonte de sentido histórico “(utopía que funge como orientadora de la acción que pretende cambiar la realidad y, a la vez, una posibilidad real anticapitalista); racionalidad liberadora (de la explotación y dominación y de todas las jerarquías sociales)”, como una alternativa “a la racionalidad instrumental que fundamenta las acciones sociales privilegiando criterios de eficiencia, acumulación de ganancias e interés personal, sin considerar el bienestar de la persona humana y la naturaleza”.¹³⁵⁷ De hecho, en todo este escrito ha sido capital el recurso a la historia, ciertamente no se puede entender el presente y sin mirar atrás y aprender de los hechos pasados, todos estos factores son esenciales en la construcción de espacios que armonicen el texto al contexto. En suma, y en lo que a mi respecta, no se puede construir un mejor presente con desconocimiento historiográfico de tiempos precedentes.

Sin más, la historia de nuestro siglo demuestra que “el triunfo de los ideales de la justicia y la igualdad siempre es efímero, pero también que, si conseguimos preservar la libertad, siempre es posible comenzar de nuevo (...). Es necesario conservar la

¹³⁵⁵ Ibid, pp. 50-58.

¹³⁵⁶ TRAVERSO, Enzo. *La historia como campo de batalla*. Op. cit, pp. 25-26.

¹³⁵⁷ MARAÑÓN PIMENTEL, Boris. *Buen Vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*. Boris Marañón Pimentel, (coord.). México.: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014, p. 21.

esperanza incluso en las situaciones más desesperadas”.¹³⁵⁸ La alternativa a la lucha desde abajo será siempre una opción, en tanto exista una ideología que dialogue en un umbral de posibilidades donde la militancia este en su terreno mayor abonado, en los justos términos de hacer prevalecer la dignidad humana.

La tercera regla es la del *comparatismo*.¹³⁵⁹ Comparar los acontecimientos, las épocas, los contextos, las ideas es una operación indispensable para tratar de comprenderlos. “Este enfoque se vincula con el objeto mismo de la presente investigación: las violencias de una época globalizada, las transferencias culturales de un país a otro, de un continente a otro”; y muy especialmente los procesos de desarrollo que son un absurdo, vistos en relación a los extremos conflictuales que azotan, en mayor o menor medida, los diferentes rincones del mundo, no hay un solo continente que pueda escaparse de los efectos que puede tener la poca proyección de apostar por un mejor desarrollo humano.

Es aquí donde los acontecimientos, aún comparados, siguen avisando que la violencia y sus múltiples derivados seguirán existiendo como consecuencia directa de una “supervivencia” desigual y excluyente, dejándole desafortunadamente al Derecho penal una tarea que no le corresponde.

La cuarta regla es la de la *conceptualización*.¹³⁶⁰ para aprehender lo real, hay que capturarlo por medio de conceptos –“tipos ideales”, si se quiere– sin por ello dejar de escribir la historia en un modo narrativo; dicho de otra manera, “sin olvidar jamás que la historia real no coincide con sus representaciones abstractas. Hacer coexistir la inteligencia de los conceptos con el gusto por el relato sigue siendo el mayor desafío de cualquier escritura de la historia, y esto vale también para la historia de las ideas”. A esta regla se le pueden agregar otros componentes, *pensar, repensar y despensar,*

¹³⁵⁸ VALIANI, Leo. En HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX*. Op. Cit, p. 12

¹³⁵⁹ TRAVERSO, Enzo. Op, Cit. p. 26. Este método de puesta en historia difiere tanto del “historismo” clásico (NIEBUHR, RANKE Y DROYSSEN) como del historicismo positivista, hoy más expandido de lo que uno creería o de lo que querrían admitir los mismos que lo practican.

¹³⁶⁰ Ibidem.

elementos articuladores, que como se verá, son fundamentales para una proyección verdaderamente crítica desde la postura aquí esbozada, en tanto que, no toda conciencia crítica y no toda teoría crítica es emancipadora.

Esto es esencial porque es apremiante acercarse a formas de conocimiento crítico, poderosa máquina ideológica determinante en la comprensión de la compleja realidad social. El pensamiento crítico, y me atrevo a decir, su respectiva puesta en funcionamiento, materializado en resultados prácticos en el mundo real, fuera del mundo de las ideas, “debería tener como punto de comienzo una forma específica de “realidad”: la realidad de las formas de lucha que se oponen a la ley de la dominación”¹³⁶¹ para prefigurar “–a partir de diversas prácticas ya en curso– una sociedad donde los individuos sean libres y socialmente iguales, es decir, que tengan un lugar igual en las relaciones sociales de poder, de manera que desaparezcan las jerarquías sociales que por siglos se han legitimado y “naturalizado” a partir de ciertas diferencias biológicas (patriarcalismo) y supuestas diferencias biológicas (racismo); donde se reconozcan las especificidades históricas de cada espacio/tiempo.”¹³⁶²

En consecuencia, frente a estas tendencias se argumenta la emergencia de una racionalidad alternativa que se caracteriza por una perspectiva relacional entre los seres humanos¹³⁶³ y el entorno; lo primordial es aceptar ideas que sirvan para interiorizar e impulsar metas que permitan entrever un futuro real de cara a la vigencia de los derechos humanos. En el sentido que todavía pesa en nuestras manos los efectos de los grandes problemas económicos, sociales, culturales, y por supuesto jurídicos, que han sido extremadamente tratados y aún no encuentran plena satisfacción.

¹³⁶¹ RANCIÈRE, Jacques. “Sobre la importancia de la teoría crítica para los movimientos sociales actuales”. Op. Cit, p. 88.

¹³⁶² TRAVERSO, Enzo. Op, Cit. p. 26.

¹³⁶³ MARAÑÓN PIMENTEL, Boris. *Buen Vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*. Boris Marañón Pimentel, (coord.). México.: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014, p. 21.

Camino que por demás es largo y necesita de una militancia comprometida que lo acompañe para el empoderamiento de las luchas sociales; ya que “ ni los que ejercen el dominio han escapado a las consecuencias mutiladoras con que la humanidad paga sus triunfos tecnoráticos”.¹³⁶⁴ Así, pretender una auténtica revolución en los términos de PAULO FREIRE, –punto de partida en las primeras líneas de este trabajo– implicaría “transformar la realidad que propicia un estado de cosas que se caracteriza por mantener a los hombres y mujeres en una condición deshumanizante”. Y este, es el reto mayor.

Ahora bien, estas “reglas” no son “leyes”¹³⁶⁵ de producción del conocimiento histórico, sino luces o parámetros útiles en la construcción de vías alternas más que un esquema a aplicar. Pero no deja de ser cierto que será siempre desde el presente que uno se esmera en reconstruir, pensar e interpretar el pasado, con miras a participar en la creación de realidades aproximadas a un futuro tangible que haga materializable los derechos humanos. En consecuencia, entender el presente volviendo al pasado es una tarea fundamental en la construcción del futuro cercano.

7.1.1.2. Elementos que componen la teoría crítica como metodología de acción multidisciplinar

Lo enunciado ha dado los primeros parámetros de aplicación para subsumir una teoría crítica como movimiento de indignación frente a lo intolerable que debe ser armonizada en la práctica como referente para alumbrar, en el sentido de dar luces ante las sombras que hacen invisible lo visible, factor relevante también en la función social del conocimiento, sobre todo de un conocimiento que no olvida ni invisibiliza las condiciones en las que se sitúa y a las que pretende transformar.¹³⁶⁶

¹³⁶⁴ HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Op. Cit, p 75.

¹³⁶⁵ TRAVERSO, Enzo. Op, Cit. p. 26.

¹³⁶⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos Humanos*. Op cit, p. 11.

Con este marco conceptualizado, la propuesta es impulsar una teoría crítica para militar a través de diversos actores y escenarios; pues pensar una teoría de los derechos humanos y llamarla crítica en el pensamiento de JOAQUÍN HERRERA, en un intento de construir un acercamiento alternativo al concepto, a la enseñanza y a la práctica de los derechos humanos en el mundo contemporáneo tiene varias implicaciones. Por un lado, involucra resistencia frente a las estructuras de dominación, y por el otro, entender los derechos humanos como una apuesta por disposiciones críticas y subversivas,¹³⁶⁷ “como normas que nos proporcionan medios concretos para actuar frente a la desigualdad de posiciones ocupadas en los procesos de acceso a los bienes”,¹³⁶⁸ para visibilizar las tantas facetas de la visión compleja en la que se han asumido los derechos humanos, lucha que ha sido constante a lo largo de toda la historia de la humanidad.

Problemática trascendental como sustancial no sólo en la praxis jurídica sino en el contexto global donde en ocasiones los seres humanos también “son degradados a puro material superfluo”,¹³⁶⁹ –superfluos en cuanto personas–, pues lo “Otro” sólo es visto como un objeto que puede ser manipulado por la voluntad “superior” del que coloniza.¹³⁷⁰ Esto ya la historia lo ha demostrado.

Es por ello que, desde la corriente teórica del maestro JOAQUÍN HERRERA, se propone un esquema para dar luz y representar con estrategias racionales –no de estructuras–, conocimientos que tengan relevancia para las prácticas sociales. Esta estrategia se ilustra en lo que el autor ha denominado el *diamante ético*,¹³⁷¹ para facilitar

¹³⁶⁷ Ibid, p, 84.

¹³⁶⁸ Ibid. p. 79.

¹³⁶⁹ Cfr. ZAMORA, José Antonio. Op, Cit, p. 247.

¹³⁷⁰ Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos Humanos*. Op cit, p. 96.

¹³⁷¹ El diamante ético, según el autor, constituye un sistema integrado de cristales que se ha ido formando a lo largo del tiempo por superposiciones de materiales que, al final, convergen en la maravillosa figura de la joya. Los derechos humanos, vistos desde una perspectiva crítica y contextualizada –no como justificaciones ideológicas de los neo/colonialismos contemporáneos–, pueden convertirse, no en una joya a contemplar, sino en el resultado de luchas que se van superponiendo a lo largo del tiempo y que son impulsadas, tanto por categorías teóricas (línea vertical de nuestro diamante) como por categorías prácticas (línea horizontal de la figura). Cfr., HERRERA FLORES, Joaquín. Ibid, p. 108-109.

el pensamiento crítico a las partes del proceso educativo y a los actores sociales, a través de los elementos que componen la realidad de los derechos.

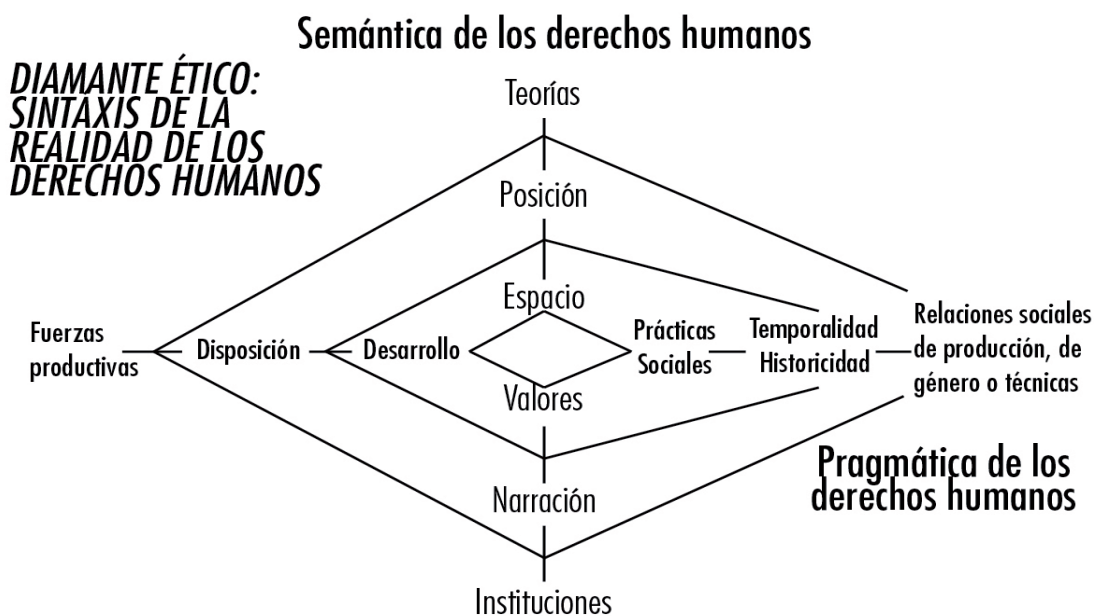


ILUSTRACIÓN NO 16

La idea de esta imagen¹³⁷² sería entonces, entender los derechos en su complejidad de manera holística y sus elementos no se agotan en los términos propuestos por el autor, por el contrario, sí los derechos humanos son productos culturales¹³⁷³, esto permitiría época tras época recrear dichos elementos conforme a las exigencias sociales para no limitar su ejercicio a una simple estructura, pues el esquema sólo constituye un mínimo posible para entender cada realidad en la que subyacen los derechos.

En esa medida, como eje transversal de apoyo desde cualquier ángulo que se pueda observar, el análisis propuesto debe partir de la dignidad humana, como quiera que los derechos humanos son un logro histórico, “por la sencilla razón de que

¹³⁷²Ibid, p. 108 y 109.

¹³⁷³HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso Cultural*. Materiales para la creatividad humana, Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. p. 19.

ahí se mide la dignidad del hombre por el nacimiento y no por la cuna”¹³⁷⁴. Pero sin lugar a dudas, esta pluralidad de enfoques y perspectivas no nos deben llevar a desdeñar y rechazar un valor eje, sobre el cual articulamos el germen, fundamento y reconocimiento de los derechos humanos actuales”¹³⁷⁵. Si bien, los contextos de exclusión perpetúan la barbarie, contradiciendo desde cualquier punto de vista el sentido vivo de los derechos humanos: recortes salariales, precarización de los derechos económicos, sociales y culturales, ataques indiscriminados a la población civil, fronteras transitables solo para ciudadanos de primera categoría, el lema de la seguridad como vanguardia de los Estados en la era de la industria de la guerra, y esencialmente, el combate del cierre de fronteras con tolerancia cero; no deja otro camino que construir procesos sociales emancipadores a gran escala para luchar contra la tiranía: la del estado, la de sus instituciones, y la del derecho, honrado también, en su ámbito penal.

El objetivo, pues, de ésta imagen metodológica, se basa “en la idea de que tanto la dignidad humana como los derechos no son elementos aislados ni dados con anterioridad, sino que se construyen paso a paso por la propia comunidad o grupo afectado, lo que les otorga un carácter de derechos en movimiento que se pueden generar y revisar a través de la metodología que se propone”¹³⁷⁶. En el entendido que los derechos humanos son “parte de procesos dinámicos que permiten la apertura y la siguiente consolidación y garantía de espacios de lucha por la particular manifestación de la dignidad humana”¹³⁷⁷.

A través de sus diferentes ejes tanto verticales como horizontales, uno a uno están íntimamente ligados, en una especie de colaboración armónica. Necesitan estar

¹³⁷⁴RÚPEREZ MATE, Manuel Reyes. Op. Cit. p, 1.

¹³⁷⁵AGUILERA PORTALES, Rafael E. “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 5, enero 2007, p, 59.

¹³⁷⁶HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos Humanos. Op cit, p. 108

¹³⁷⁷HERRERA FLORES, Joaquín. “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia”. *En revista de filosofía práctica. DIKAIOSYNE* Nº 12, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 2004, p. 54.

interconectados para conseguir el mínimo exigible para entender la realidad compleja de los derechos humanos, donde el centro mismo será siempre la idea de dignidad¹³⁷⁸, porque los conceptos para enfrentar lo nuevo, la discontinuidad, la ruptura, la revolución, hoy no los tenemos¹³⁷⁹, y hay que soportarlos por ello, a través de las luchas sociales. El problema es que los elementos “existentes sí son instrumentos hegemónicos por definición, no van a resolver nuestras inquietudes, nuestras aspiraciones, y no van a conseguir lo que queremos lograr, que es una sociedad más justa, reinventar la emancipación social”¹³⁸⁰.

Sí lo que se debate no tiene en cuenta dichos elementos, puede resultar inútil o poco productivo para asumir una reflexión crítica de la realidad, sí se intenta con ello “ir contra la banalización de las desigualdades e injusticias globales que un pensamiento descomprometido y acrítico defiende.”¹³⁸¹ Ésta constatación nos obliga a todos los que “estamos comprometidos con una versión crítica y emancipadora de los derechos humanos a contraponer otro tipo de racionalidad más atenta a los deseos y necesidades humanas que a las expectativas de beneficio inmediato del capital”¹³⁸². Así pues, se necesita una perspectiva crítica, es decir, emancipadora. *La ascunción en las luchas de esos compromisos y deberes es la esencia de los derechos humanos*¹³⁸³.

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

Hasta lograr su actual preeminencia, los derechos humanos cursaron una lenta y difícil historia, “fueron primero derechos por reflejo, esto es, mera consecuencia de los deberes impuestos al monarca, no facultades dadas directamente a los hombres. A continuación se les entendió como facultades de privilegio conferidas a estamentos y

¹³⁷⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos Humanos. Op cit, p. 110-111.

¹³⁷⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Op, cit, p. 72.

¹³⁸⁰ Ibid, p. 72-73.

¹³⁸¹ HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos Humanos. Op cit, p. 96.

¹³⁸² Ibid, p. 11.

¹³⁸³ Joaquín Herrera Flores. *El Proceso Cultural. Op. Cit.* p. 107.

corporaciones, más no a los individuos en su calidad de tales”.¹³⁸⁴ Así aparece en términos de RORTY, “una cultura de los derechos humanos”¹³⁸⁵, para contrarrestar la “miopía” humana en la que han sido asumido los mismos aún los avances producto de las grandes revoluciones.

En los términos del sociólogo francés ALAIN TOURANE,¹³⁸⁶ aquello significaría reactivar desde esta óptica, la reivindicación de los movimientos sociales para repensar la transformación de la misma sociedad acudiendo a elementos como la historicidad para su evolución y cambio. Expresión cultural clave para concretar las exigencias de los actores sociales, en el intento de construir un compromiso social emancipatorio en el que insiste JOAQUIN HERRERA, por la apuesta en la lucha por la dignidad desde la teoría crítica. Aquel, no sólo acude a la historicidad, sino a los valores, prácticas sociales e instituciones, elementos que en últimas pretenden afianzar el criterio de riqueza humana, para “comparar y enjuiciar cuestiones de choque o conflicto”¹³⁸⁷. Es lo que HORKHEIMER llamaría “el *criterio de verdad* de toda teoría social, para facilitar y aumentar nuestra capacidad de indignación frente a lo que ocurre en nuestro alrededor; y la capacidad de crear nuevos marcos de composición de los fenómenos (estados de hecho o entornos de relaciones) que nos permitan construir nuevas formas de vida y nuevos modelos de reacción cultural ante el presente que vivimos”¹³⁸⁸.

En ésta tarea, evidenciando cuestiones de choque o de conflicto, – en respuesta a esa marcada indignación –, necesariamente surgirán opositores sí se parte de la base, de que el poder hegemónico o el sistema legitimado por los mismos Estados, son los que en ocasiones contradicen los pilares básicos sobre los que se soportan los derechos humanos, piénsese al respecto, en elementos todos ellos conexos, tales como,

¹³⁸⁴ GARCÍA RAMIREZ, Sergio. “Los derechos humanos y el derecho penal”. *En Veinte años de evolución de los derechos humanos*. Primera edición: Pamplona, España 1974, p, 157. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G, estudios doctrinales 5. [en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>. [Consultado noviembre de 2012].

¹³⁸⁵ RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”. *Batallas éticas*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1995, p. 59.

¹³⁸⁶ Véase al respecto, TOURAINE, Alain. *La sociología de la acción*. Barcelona, Ariel, 1969. TOURAINE, Alain *Producción de la sociedad*, UNAM ed, México 1995. *Crítica a la modernidad*, 1994.

¹³⁸⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los derechos Humanos*. Op cit, p. 179.

¹³⁸⁸ *Ídem*. *Los derechos humanos como productos Culturales*. Op. Cit., 59.

la *libertad, igualdad, dignidad*, centrales en lo que se quiere transmitir cuando se reafirma la apuesta teórica aquí expresada.

Tales elementos y otros tantos, se ven afectos en la praxis jurídica no sólo cuando no se efectivizan estándares mínimos de bienestar vitales para todos los seres humanos, sino cuando se ponen en práctica accionares legitimados en garantías de seguridad de los derechos, para hacer efectivo el respeto a los mismos derechos humanos. Ya que no ha sido infrecuente, a lo largo de la historia, “que las banderas ideológicas se hayan utilizado para justificar los peores crímenes. (...)”. Lo que en los adversarios es una monstruosidad contra el ser humano, en los compañeros de doctrina no pasa de ser un error o una desviación – casi una travesura – cuando no un acto justiciero. (...) La Santa Inquisición torturó y mandó a la hoguera (...). Todo estaba justificado: se trataba de salvar las almas de los desviados.¹³⁸⁹

Piénsese hoy en el discurso legitimador del sistema penal de la época, que como se puntualizó desde el inicio con estas letras, tacha como “enemigo” al otro, no sólo al que delinque, sino al que incomoda, reclama y exige. Piénsese en los excluidos de los procesos de construcción hegemónica, en los movimientos sociales o en los inmigrantes en el eje planetario, que exigen reivindicar derechos insatisfechos, que suelen ser vistos también como “extraños” razón primaria para justificar un trato diferenciado y no solo desde el Derecho penal. Es por señales como éstas que con este estudio se cuestiona una tendencia que se está extendiendo en el sistema penal actual chocando abiertamente con el respeto a los derechos humanos.

Lo complejo es su desenvolvimiento en momentos históricos caracterizados por un malestar económico difuso y por una inseguridad social generalizada, las élites del poder parecen activar estrategias de desplazamiento de los problemas o favorecen la construcción de un imaginario social punitivo, con el objetivo de distraer la alarma social de cuestiones más profundas, que de esta forma se concentra en los criminales, los

¹³⁸⁹ DE LA BARRDA SOLÓRZANO, Luís. *Justicia penal y derechos humanos*. México.: Porrúa,1997, p. 211.

desviados, los distintos: más en general, sobre un enemigo.¹³⁹⁰

Si bien, las condiciones jurídicas han cambiado sustancialmente, siempre se tratará de un “enemigo” que debe ser vigilado,¹³⁹¹—esto se ha dicho en este estudio hasta el cansancio—; surgiendo así, la necesidad de etiquetar a un cierto colectivo para salvaguardar el derecho de los “otros” no “enemigos” del sistema. El problema es que como grupo complejo y heterogéneo, sean delincuentes o no —narcotraficantes, extranjeros peligrosos, terroristas,¹³⁹² etc—, difíciles de controlar, al “poner en peligro la existencia de la sociedad”,¹³⁹³ por la fatigosa tarea e imposibilidad material de vigilar a toda la multitud,¹³⁹⁴ la mejor medida de control que termina por instrumentalizarlos, es la exaltación de una tacha o etiqueta legitimada por la sociedad, misma que los ha estigmatizado *so pretexto* de la protección de los derechos humanos de los ciudadanos que no son merecedores de peligrosidad. Es por ello, entre otras cosas, que la causa de los derechos humanos no resulta bien servida por la militancia partidaria¹³⁹⁵.

Es desde ésta lógica, ante la frecuente mal utilización del discurso reivindicatorio de los derechos, que se desprende la pregunta formulada, *¿Cuál es la percepción compleja de los derechos humanos que se pretende visibilizar?* Cuando se aboga por un sistema de valores comunmente aceptados para todos, como reglas mínimas para el buen vivir en sociedad, de ahí la existencia del derecho como orden regulador de la conducta humana, se suele incurrir en el error de legitimar acciones ante lesiones de bienes jurídicos, por hechos delictivos específicos en determinados colectivos, ya que es una constante la pretensión de contrarrestar la criminalidad. No obstante, ésta suele

¹³⁹⁰GIORGIO, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*. Op, cit, p. 135.

¹³⁹¹Ibid. p. 23.

¹³⁹²CANCIO MELIÁ, Manuel. *Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal*. Op. Cit, p. 95.

¹³⁹³GRACIA MARTÍN, Luís. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2003, p, 122.

¹³⁹⁴PONTRILLA CONTRERRAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, p, 32.

¹³⁹⁵DE LA BARRDA SOLÓRZANO, Luís. *Justicia penal y derechos humanos*. México. DF.: Porrúa, 1997, p. 211.

verse reflejada desde abajo, desde los marginados y no en las altas esferas de poder que comunmente suelen delinquir.

Sobre esta base fue que surgió la necesidad de problematizar la tensión existente entre los derechos humanos y el Derecho penal, lo cual ocurre cuando este se desvía y se centra no sólo en el delito, sino en la persona del “extraño a la comunidad”, ya que hoy por hoy con la tendencia del denominado Derecho penal moderno,¹³⁹⁶ “basta con ser proclive a delinquir para volverse delincuente, con base en ésta concepción no hay que esperar ni siquiera a que el sujeto delinca realmente, sino que su proclividad debe considerarse, ya, delincuencia”.¹³⁹⁷ Dicha afirmación pone en riesgo, los derechos humanos como conquista de la humanidad, supera los límites de la arbitrariedad, como quiera que “lo que importa no es lo que hacen los individuos sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo.”¹³⁹⁸

Como corolario, la pena tratándose como herramienta para criminalizar actos que generen cierta peligrosidad, pierde total sentido independientemente del órgano que la emita. Todas estas discrepancias son las que han generado que la sociedad actual se encuentre ante un “nuevo proceso de incriminación, que crea crisis en las instituciones del Derecho penal en general y del concepto de bien jurídico en particular. De esta manera, la eterna y siempre actual antinomia entre individuo (garantías) y sociedad (prevención), genera una tensión constante en la doctrina actual sobre la legitimación y los fines del Derecho penal.”¹³⁹⁹

¹³⁹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del derecho penal?” En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. RIPOLLES DÍEZ, Luis y otros (Ed). Tecnos. Madrid, 2002. p. 359. Describe el autor que el derecho penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad del riesgo.

¹³⁹⁷ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luís. Op. Cit, p. 134.

¹³⁹⁸ PONTRILLA CONTRERRAS, Guillermo. Op cit. p. 42.

¹³⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 124. Expresa que: “Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces, impuesto a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma”.

Tal situación se presenta, como se observó en los primeros capítulos, porque se piensa en determinados colectivos, como un “enemigo” indeseable “peligroso”, para caracterizar a los “Otros”,¹⁴⁰⁰ por ser el “enemigo” que necesita ser vigilado y castigado. Es curioso que nunca se considere a los viejos como “enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte”.¹⁴⁰¹ Al respecto, la decadencia por el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho penal en esas expresiones, marca un fuerte ecepticismo frente a la recuperación del verdadero sentido del Derecho penal.¹⁴⁰² El delito es pues, materia fundamental del Derecho penal, justificación primaria, para sentenciar a los “Otros” con sus diversas apariencias y categorías, pero siempre generalmente una persona, un grupo, o un país sin poder suficiente, *facies* criminológicas de lo que se denomina derecho penal del enemigo”.¹⁴⁰³

Por tal razón, actualmente se acude a una transformación del Derecho penal que está afectando el centro mismo del ser humano, esto es, la dignidad humana, como pilar de nuestro punto de encuentro, en el ya mencionado *diamante ético*; como quiera que la práctica del derecho penal del enemigo se extiende a una velocidad que parece

¹⁴⁰⁰ Joaquín Herrera –siguiendo las líneas de Benhabib– llama el otro generalizado, es decir, el sujeto abstracto, sin cuerpo, sin necesidades sin posición/situación sociales, aparentemente separado de los procesos de división social del trabajo, en tanto que portador privilegiado y atomizado de unos bienes básicos –las libertades individuales– «aparentemente» aislables de las condiciones materiales de existencia de los otros seres humanos que junto a él sobreviven; y el otro concreto, el sujeto que habita el mundo desde posiciones de desigualdad, que tiene que luchar cotidianamente para acceder a los bienes necesarios para vivir, que, dada la situación de opresión y explotación, no tiene otro remedio que actuar para ir eliminando los obstáculos que a su dignidad le imponen los procesos de división social (...) en esas luchas económicas, sociales y culturales va auto-imponiéndose compromisos y deberes que lo unen colectivamente a los demás en esferas de responsabilidad y reconocimientos mutos. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Cuadernos de Derechos Humanos, nº. 33. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005, p. 125.

¹⁴⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio. *En torno de la Cuestión Penal*. Op. Cit, 153 y Ss.

¹⁴⁰² HERZOG, Feliz. “Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal”. *En Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*. Op. Cit, p. 249.

¹⁴⁰³ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos*. Op. Cit, p, 96.

no tener límites, aún la peligrosidad de sus fundamentos, dado el grado amenazante de la puesta en práctica de dicha doctrina.

En consecuencia, con mayúscula observancia, el saber penal, o más bien el efecto del poder penal, hay que analizarlo desde el concepto de *humanitas*, –la dignidad del ser humano– pues es el componente que permite diagnosticar si un saber jurídico penal cumple su función de custodia de la dignidad de la persona o se aparta de ella para degradarse a una vulgar racionalización del ejercicio del poder vertical del Estado.¹⁴⁰⁴ Ejercicio que muy posiblemente puede desmoronarse por las aberrantes formas de adaptar el Derecho con textos, de por sí, descontextualizados.

7.2.1. Visibilizar

A lo largo y ancho de este estudio, no se ha hecho otra cosa más, que problematizar la realidad, ya que es una estrategia para “crear condiciones que permitan un encuentro efectivo con los seres humanos y con lo otro: *la naturaleza que nos alimenta y nos envuelve*. Ese encuentro hace posible una liberación del pensar; o, en otros términos, va a permitirnos salir de los callejones sin salida del que nos encierran las propuestas teóricas descontextualizadas”,¹⁴⁰⁵ en ese pensar la historia para reconstruirla y superarla.¹⁴⁰⁶

Si avanzamos sin indicar la necesidad de militar con una apuesta crítica, eso sería apoyar una tendencia que se prolonga al vaivén de los poderosos: las naciones de todo el mundo en breve producirán generaciones enteras de máquinas utilitarias, en lugar de ciudadanos cabales con la capacidad de pensar por sí mismos; por ello se insiste en construir una mirada crítica sobre las tradiciones y comprender la importancia

¹⁴⁰⁴ZAFFARONI, Eugenio R. “Humanitas en el derecho penal”. En *Anacronismo e irrupción, Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna*, Vol. 1 n° 1, 2012, p.193.

¹⁴⁰⁵HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Op. Cit, p. 52.

¹⁴⁰⁶PALACIOS VALENCIA, Yennesit. “La teoría crítica de los derechos humanos como punto de partida para combatir el derecho penal del enemigo”. En *Revista electrónica métodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México, No 4, 2013, p. 9.

de los logros y sufrimientos ajenos; para advertir que enfrentamos una época donde el futuro de la democracia a escala mundial pende de un hilo.¹⁴⁰⁷

Por eso es necesario visibilizar las problemáticas suscitadas en el panorama actual, pues luchar por la dignidad humana como imperativo categórico en el marco de cuestiones y enigmas de gran amplitud como son los derechos humanos, adquiere una importancia crucial. El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que se trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas.¹⁴⁰⁸ Por eso un pueblo libre debe respetar la dignidad humana, incluso en el caso de un criminal.¹⁴⁰⁹ Este eco no es de fácil resonancia, cuando la postura predominante es la barbarie como respuesta al dominio de los poderosos.

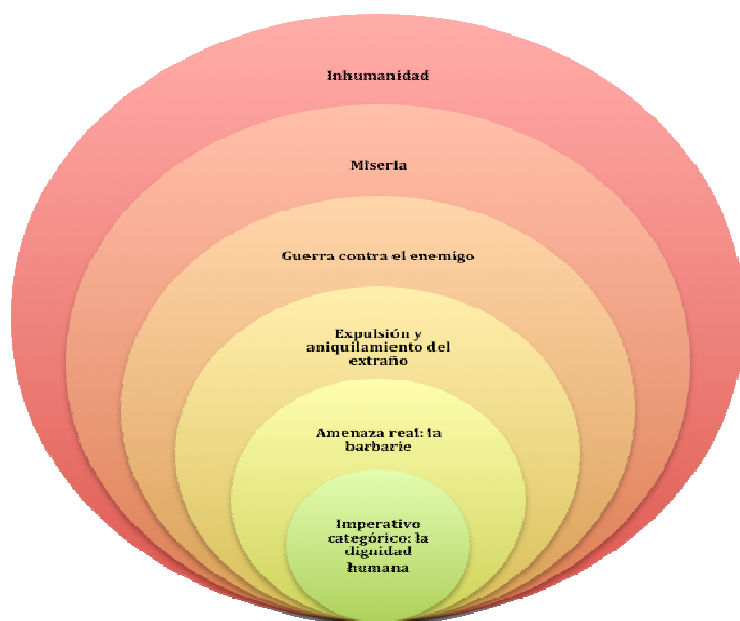


ILUSTRACIÓN 17. LA DIGNIDAD HUMANA COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO

¹⁴⁰⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. María Victoria Rodil (Trad). Madrid: Katz, 2010, p. 20.

¹⁴⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". Juan Luis Fuentes Osorio, (Trad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 107.

¹⁴⁰⁹ *Ibid*, p. 107.

En esa medida, es de vital importancia tener presente que, “en esta cuestión de lucha por la dignidad, hay muchos caminos y muchas formas de acción a los propuestos por la cultura de derechos que prima en nuestro contexto cultural”.¹⁴¹⁰ Construir una cultura de derechos humanos exige un esfuerzo político permanente ya que ellos no pueden derivarse de ninguna condición innata o de la inercia de las instituciones¹⁴¹¹; amén de poner límite al arbitrio del poder y fortalecer con las instituciones democráticas la tutela de los derechos humanos.

Legítimamente los derechos humanos han surgido siempre de la resistencia a la arbitrariedad, a la opresión y a la humillación. Hoy nadie puede poner en sus labios uno de esos artículos tan respetables (por ejemplo, la disposición “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” -art. 5 DUDH-), sin dejar de oír el eco que en ellos retumba: el grito de incontables criaturas humanas torturadas y asesinadas. La apelación a los derechos humanos se alimenta de la indignación de los ultrajados por la lesión de su dignidad humana.¹⁴¹²

En esta medida, por necesidad histórica, revolucionaria y reflexiva, la teoría crítica de los derechos humanos, como forma razonada de sensibilizar sobre lo humano, propuesta alternativa a las formas tradicionales de ver el mundo más allá de las estructuras dominantes, denuncia y revela los malestares de la época primero visibilizando y luego desestabilizando lo que se nos pone en evidencia de forma anómala, para finalmente poder recrear y transformar lo que en la práctica se muestra como realidades inmodificables; desafiando con ello las luchas contemporáneas para resistir las distintas formas de amenazas que debilitan el estado vivo de los derechos humanos.

¹⁴¹⁰HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos humanos como productos culturales*. Op. Cit. p, 19.

¹⁴¹¹GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. David Sánchez Rubio (ed.), Murcia, 2008, p. 5.

¹⁴¹²HABERMAS, Jürgen. Op. Cit, p. 108.

Ahora bien, ¿Qué se debe visibilizar? O mejor aún, ¿Qué se ha visibilizado? La inhumanidad sigue presente demostrando que solo las guerras pérdidas son consideradas crímenes internacionales, mientras que las guerras ganadas aunque se trate de guerras de agresión, que comportan una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a las reglas y los vencedores no reciben ninguna sanción política o jurídica. Esto es demostrado por los más recientes acontecimientos internacionales: “el desarrollo de la guerra de IRAK, las crecientes turbulencias de la guerra de AFGANISTÁN, la eclosión de la guerra de LÍBANO y el drama permanente en KOSOVO”,¹⁴¹³ no hace sino confirmar esta tesis.

Veáse el ya sonado *leitmotiv* del sistema penal que con su actuar aboga por el disciplinamiento, contrariando la diversidad que caracteriza las complejidades culturales, pues no se evidencia una regulación coherente si se canaliza el análisis desde la criminología y la política criminal, que están estrictamente separadas y desentendidas de la realidad social. No obstante, aún lo desagradable que “esta reflexión pueda ser, sabemos que la diversidad cultural tiende a estimular conflictos que son extremadamente difíciles de resolver pacíficamente por medio de discursos y compromisos, y por tanto, amenazan con inspirar acciones que pueden dañar fundamentales derechos democráticos y oportunidades”.¹⁴¹⁴

Lo anterior muestra la involución de los sistemas liberales, por el contagioso deseo de persecución y punición excesiva, cuando las necesidades más básicas son insatisfechas, donde las sociedades evolucionan pero el Derecho no logra ir a la par, o por lo menos se queda corto, frente a problemáticas específicas y se excede en otras tantas. Si bien, las condiciones jurídicas se han evolucionado sustancialmente, este discurso del disciplinamiento, siempre se ha basado en un enemigo que debe ser vigilado, enemigo que termina personificando a aquel sujeto que incomoda, siendo esto síntoma de malestar, “porque como todo [enemigo] tratará, en cuanto pueda y a como

¹⁴¹³ZOLO, Danilo. *La Justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007, p. 1.

¹⁴¹⁴PERRY, Anderson. “El papel de las ideas en la construcción de alternativas” *En Nueva Hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004. p. 29.

diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada”.¹⁴¹⁵ Cuando no, se inventarán guerras, se saquearan pueblos, y se ingeniaron los culpables, para dejar satisfechos a unos tantos, recordando quienes tienen, y seguramente, seguirán teniendo, el control compartido de la riqueza por encima de los miserables derrotados. Por ello lo que aquí se denuncia es una apuesta crítica para cuestionar el referenciado derecho penal del enemigo articulado a la lógica perfecta del dominio del sistema.

7.2.2. Desestabilizar

Para contrarrestar la “miopía” humana ilustrada, en la que han sido asumidos los avances producto de las grandes revoluciones, se deben utilizar los derechos humanos como una herramienta para problematizar, es decir, desestabilizar; provocando y transformado las acciones puestas al servicio de la misma sociedad, aún más, cuando el imperio de Occidente representa, como combate CHOMSKY, la realización de la finalidad de la historia; la más pura obvedad, "virtualmente inmune contra el desafío". Sin embargo, aunque la realidad dominante es mostrada con obvedad, también es necesario evidenciar los hechos con sus riesgos, para emprender el punto de partida en la militancia de procesos culturales emancipadores, en acciones sociales de construcción y reconstrucción de vías alternas a los procesos hegemónicos en función de una posible superación.¹⁴¹⁶

Si los actores implicados quieren luchar para cambiar la historia, deben partir de la memoria del pasado, la acción de recordar tiene efectos irrenunciables, particularmente manifiestos y determinantes en sentido político.¹⁴¹⁷ En efecto, se debe dar por sentado que, aunque existan aguas turbias que permanecen en la historia sin esclarecer el panorama, la posibilidad de pensar siempre la tendremos para expresar la libertad que subyace en el ser, seres humanos.

¹⁴¹⁵ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en derecho penal*. Op. Cit, p. 23

¹⁴¹⁶PALACIOS VALENCIA, Yennesit. "La teoría crítica de los derechos humanos como punto de partida para combatir el derecho penal del enemigo". Op. Cit, p. 9.

¹⁴¹⁷ZOLO, Danilo. Op, Cit, p. 2.

Por ello, como ya se ha expresado, no se nos puede quitar lo posibilidad de pensar para reconstruir la historia y revivir la importancia de las luchas como forma de fortalecer nuestro presente, y regenerar, de la mejor manera posible, prácticas culturales de cara hacia el futuro. Pues lo que existe, tal cual como está diseñado, “no agota las posibilidades de la existencia”.¹⁴¹⁸ Pensar es una forma de “abrir alternativas de acción y un margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas. Una posición de esta magnitud tiene que ser vista, razonablemente, no sólo como una evaluación “crítica” de nuestra condición presente,¹⁴¹⁹ sino como una visión crítica que se valora en la medida en que trabaja en la dirección de una nueva existencia, posibilitando cambiar el escenario con prácticas discursivas que llenen de contenido la convivencia humana con la apropiación de un nuevo derecho, un derecho por esencia liberador y transformador.

Para salir de ese derecho perimétrico denominado por CALDERÓN,¹⁴²⁰ que nos encierra y vigila, a la manera de las cercas de una prisión o de una fosa que nos obliga y convence de vivir de una forma determinada, contrario a otras vías alternas de cambio; el rol de los movimientos sociales se vuelve decisivo, se requiere de un ejercicio del poder desde abajo,¹⁴²¹ para entender así, los derechos humanos también desde abajo.

Será posible reorientar el debate, si se toman los derechos humanos y se usan de manera contra/hegemónica, lo cual puede hacerse posible, siempre y cuando, se acuda a una herramienta fundamental: la lucha por la dignidad con una actitud crítica y liberadora de las realidades que se nos muestran como dogmas incuestionables, para soportar que lo imposible pueda hacerse posible en el cumplimiento de deseos y aspiraciones insatisfechas, pero sólo si se cuestionan y deslegitiman las posiciones opresoras.

¹⁴¹⁸ MONDERO, Juan Carlos. *Disfraces del Leviatán*. Op. cit, p, 22

¹⁴¹⁹ WOLKMER, Antonio C. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. México. D.F.: ILSA, 2006. p, 27.

¹⁴²⁰ CALDERÓN ASTETE, Rodrigo. *Pensar otro derecho*. Tesis doctoral del Programa Derechos Humanos y Desarrollo, Tomo I. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013, p. 327.

¹⁴²¹ PERRY, Anderson. Op. Cit, p. 20.

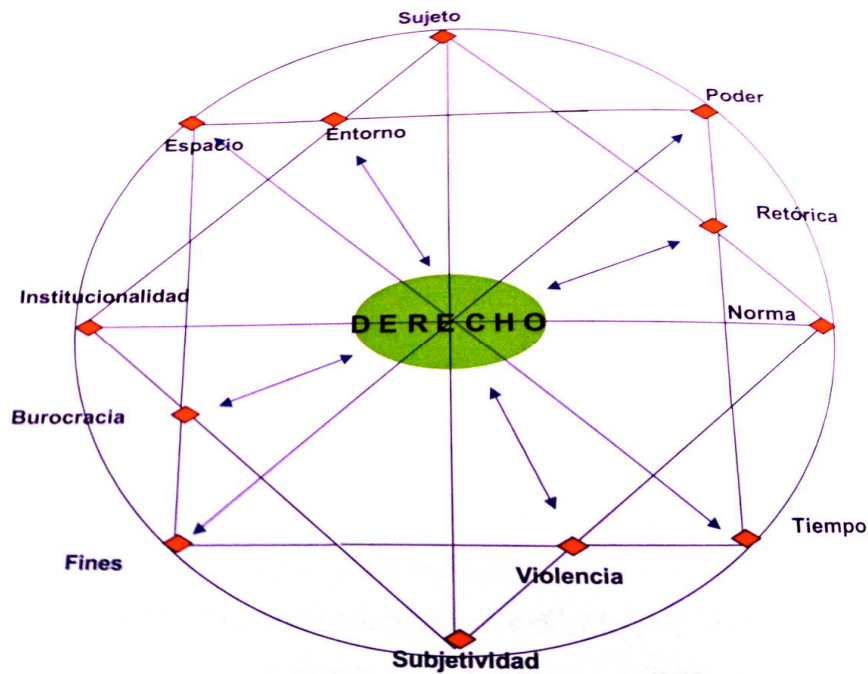


ILUSTRACIÓN 18. VISIÓN COMPLEJA, INTEGRADA, RELACIONAL Y DE APERTURA DEL DERECHO¹⁴²²

En esa medida, el papel que puedan desempeñar los movimientos sociales es una herramienta de lucha para que el Derecho –y no sólo en su ámbito penal– deje de ser usado como un elemento que funciona como el “arte de domar a la bestia”¹⁴²³, y en su lugar se convierta en elemento de lucha contra todo aquello que instrumentalice, restrinja y oprima a los subordinados, creando espacios de justicia social y de empoderamiento para actuar como plenos sujetos de cambio.

¹⁴²²Cfr. CALDERÓN ASTETE, Rodrigo. Op. Cit, p. 326.

¹⁴²³Cfr. CHOMSKY, Noam. “Los dilemas de la dominación”. *En Nueva Hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004. p. 3.

7.2.3. Transformar y des-pensar

Evolucionar, y el hecho mismo de *formar* –en el camino a la transformación– hacen parte indiscutible, como plantea GADAMER,¹⁴²⁴ del concepto de cultura. La formación (*bildung* en GADAMER), designa en primer lugar, el modo específicamente humano de dar forma a las disposiciones y capacidades naturales del hombre. Es en términos kantianos el acto de libertad del sujeto que actúa.¹⁴²⁵ Actuar, regenerar, transformar, son por excelencia verbos rectores que necesitan de un catalogo de principios, para cambiar el contexto social y hacer otro mundo posible: “tenemos que cambiar también las palabras que nombran el mundo. Ampliar el espacio de lo posible, para también ampliar los límites de lo que puede decirse (esto es pensarse)”.¹⁴²⁶

Muchas cosas pueden decirse, pero no todas incitan a la acción; en tal supuesto, algunos interrogantes han sido construidos en busca de respuestas, y numerosos intentos siguen haciéndose con el paso de la historia. En ocasiones, así como grandes iniciativas llevan la vanguardia desde los movimientos sociales para transformar, en el mismo sentido se espera de las Organizaciones internacionales, máxime si aquellas ostentan el carácter de democráticas.

Aunque las organizaciones internacionales se han convertido en el lugar donde se toman importantes decisiones, y lo serán sin duda, “aún más en el futuro, tales organizaciones no son gobernadas democráticamente y probablemente nunca lo serán. En cambio, continuarán siendo gobernadas, (...) principalmente por negociaciones entre élites burocráticas y políticas operando dentro de los vastos límites impuestos por tratados y acuerdos internacionales”.¹⁴²⁷ Lo anterior, genera más que confrontación, indignación. Lamentablemente es una realidad que no deja de ser un punto clave en la transformación requerida, pues el papel que juegan y seguirán jugando las

¹⁴²⁴GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 39.

¹⁴²⁵Ibid, p. 39.

¹⁴²⁶GARCÍA INDA, Andrés. “Los derechos de Robinson: Algunas reflexiones entorno a derechos y responsabilidades”. *En Conceptos para pensar el Siglo XXI*. García Inda, Andrés y Marcuello Servós, Carmen (Coords). Madrid: Catarata, 2008. p. 7.

¹⁴²⁷PERRY, Anderson. Op. Cit, p. 29.

organizaciones internacionales, como escenario de poder promovido por los mismo Estados, es decisivo para exigir y al mismo tiempo limitar el poder del soberano.

Con esta propuesta, en el caso de las organizaciones internacionales y en el supuesto de la lucha contra la criminalidad para salvaguardar bienes jurídicos primarios, algunos cuestionamientos merecen ser retomados: ¿Puede el Derecho penal dialogar con los derechos humanos? ¿Puede el Derecho penal transformarse en un institución realmente democrática? ¿Podrían las organizaciones internacionales reafirmarse como instancias democráticas para limitar el actuar soberano? Si se responde a estos cuestionamientos con ideas que esbocen que ninguna alternativa viable está a la vista, sería como decir que los mismos derechos humanos han dejado de existir.

El camino no sólo en el campo de las Organizaciones internacionales, sino en los movimientos sociales, –sea la sociedad civil, sean grupos de académicos, sean los colectivos de mujeres, y en general, todo aquel que milite por y para los derechos humanos–, debe estar direccionado a construir espacios democráticos para pensar en una posible transformación.

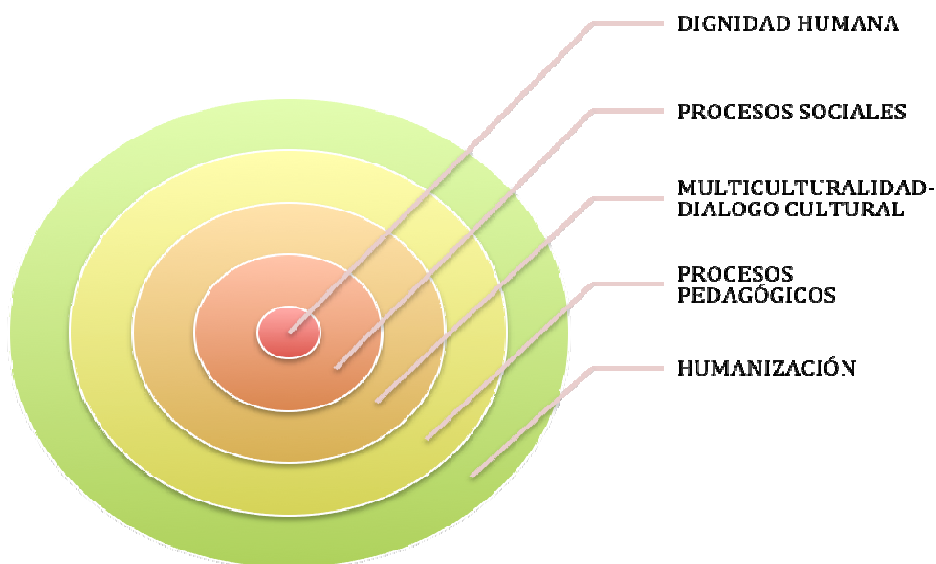


ILUSTRACIÓN 19. ESPACIOS DE LUCHA

La construcción de procesos democráticos, independientemente del punto de partida en esta lucha de construir caminos por la dignidad, no es y no será fácil, la sangre derramada a lo largo de la historia lo reafirma y la complicidad del funcionamiento de un orden mundial, guiado por componentes políticos, a veces más que jurídicos, y muy principalmente, en el marco de las relaciones internacionales, donde el control del poder lo tienen unos pocos, no mejora honestamente el horizonte.

El poder puede servir para todo aquello que se quiera, tanto para transformar como para involucionar; se puede contaminar con su manipulación y transmitir mensajes engañosos. El poder está directamente relacionado con un juego de apariencia y realidad: una cosa es lo que los ojos creen ver, otra es la que es, y alguna más será, lo que los ojos nunca podrán ver. La apuesta es, esencialmente, provocar la transformación a través de la militancia por y para los derechos humanos. Así llegaríamos a la parte final de la esfera ilustrada, con la consolidación de la *humanización* en contra de la barbarie.

El poder también está manifiesto de manera directa en el actuar humano, para bien o para mal. –Véase el manejo del poder punitivo que con su usanza está pervirtiendo su papel garantista en la protección de los bienes jurídico-relevantes para la sana convivencia en sociedad–. Sobre esta base se marca una fuerte tendencia con caminos irreconciliables entre los derechos humanos y el Derecho penal, lo cual ocurre cuando este (el Derecho penal) se desvía y se centra en señales estereotipadas, al punto que lo importante para el Derecho penal, no es lo que hacen los individuos sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo.¹⁴²⁸ Tal panorama es lo que está poniendo en peligro los derechos humanos como conquista de la humanidad.

Este grito de socorro, debe hacerse cada día más vivo, tan vivo como sea posible, “pues en los tiempos que corren hay un espejo por demás poderoso y es el espejo convexo. Éste particular espejo tiene la propiedad de reflejar las imágenes

¹⁴²⁸ PARMA, Carlos. *Derribando muros*. Op. cit, p. 28.

captadas desde diferentes ángulos permitiendo observar toda la escena. Es decir, deforma y amplía la imagen. Es exactamente como el Derecho penal totalitario actual: “*todo lo ve... Todo lo puede*”.¹⁴²⁹

En esta lucha por la tiranía, los derechos humanos deben ser el punto de partida y también el de llegada, para que la desesperanza no inunde las creencias, de los que aún piensan que se puede vivir en un mundo diferente, donde la vida del ser humano no se simplifique vagamente a una cuestión de poder y de lucha sin batalla! Donde los seres humanos no sean simples marionetas de quienes monopolizan el poder, para suprimir ese imaginario que convierte a unos tantos en extraños y “enemigos” de la sociedad por la subordinación del quehacer del derecho.

Precisamente, ese querer hacer, debe impulsar un querer poder, que legitime la labor de los movimientos sociales, en la constante de transformar creando límites a quienes ejercen el poder, generando otras *vías de diálogo* para la concreción de los derechos; apostando por *procesos pedagógicos* en la construcción de una cultura del respeto; optimizando apuestas por la convivencia *multicultural* como principio.

Así, muy posiblemente, podría garantizarse el respeto por la diversidad en un mundo donde los valores necesitan ser reactivados en todas las instancias, desde el orden nacional hasta el internacional, vinculando en tal cometido a las organizaciones internacionales que velan por el respeto de los derechos humanos y fortaleciendo las nacientes instancias de poder que buscan luchar al mismo tiempo por la impunidad.

Sería viable adoptar un pensamiento crítico, con una “visión jurídica pluralista, democrática y antidogmática, para desacralizar y romper con la dogmática lógico-formal imperante en una época establecida, propiciando las condiciones y presupuestos necesarias para que se de un proceso estratégico/pedagógico de esclarecimiento,

¹⁴²⁹Ibid, p. 22.

autoconciencia, emancipación y transformación de la realidad social”¹⁴³⁰; efectivamente, para intentar combatir los contextos actuales de tiranía.

Estos escenarios encierran un gran riesgo, y si se sospecha de su marcada tendencia en el ejercicio del modelo de Estado de Derecho, dicha sospecha aunque trae como consecuencia la incriminación de hechos en sí mismos altamente alarmantes, pues se está avanzando normativa y penalmente, en la configuración de la *hipertrofia del Derecho penal*¹⁴³¹, dada la tardía e ineficaz tutela que se supone atiende únicamente a los bienes jurídicos “finales”, pues como si fuera un designio ancestral, el hombre postmoderno ha ido en busca de un Derecho penal todopoderoso que lo aparte de todo mal.¹⁴³²

*[A]l hacer uso [de las posesiones materiales],
el hombre debe tener cuidado de protegerse frente a
la tiranía [de ellas]. Si su debilidad lo empequeñece
hasta poder ajustarse al tamaño de su disfraz exterior,
comienza un proceso de suicidio gradual
por encogimiento del alma.*

Rabindranath Tagore, 1917.¹⁴³³

¹⁴³⁰WOLKMER, Antonio C. Op. Cit, p. 21.

¹⁴³¹PALAZZO, Francesco. “Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal”. Adán Nieto Martín (Coord.). En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha/Universidad Salamanca, 2001, p. 433.

¹⁴³²Ibid. p, 24.

¹⁴³³NUSSBAUM, Martha C. Op. Cit, p. 19.

8. REFLEXIONES FINALES

Con lo expresado desde los primeros capítulos como aportes conceptuales para soportar la tesis planteada, se puede decir acertadamente que, no se equivoca JAKOBS al darle un nombre a algo que no admite duda, existe y muy posiblemente, seguirá existiendo, un Derecho penal del “enemigo”, no sólo en los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino que también es una práctica que avanza y se viene fortaleciendo desde hace años en el derecho internacional. Así que las críticas no van dirigidas a la obra de JAKOBS, pues muy bien ha descrito lo que pasa, desafortunadamente, en la aplicación y creación del Derecho en su ámbito penal –aunque tampoco aporta conocimiento a cómo contrarrestar dicha praxis jurídica y no se sabe hasta dónde acepte o no, la legitimidad de dicha teoría–. Ahora bien, conocido este contexto se pueden advertir varias cosas, a saber:

La llegada del Estado Social y Democrático de Derecho y de los principios que lo irradian no es algo gratuito, es producto de luchas sociales que reivindican un sin número de derechos de los cuales son titulares todos los seres humanos. No obstante, a lo largo de la historia el hombre en una visión antropocentrista, ha hecho y deshecho, acciones para transformar el mundo, al punto que “las revoluciones quedan sesgadas en flor, o bien triunfan demasiado deprisa”.¹⁴³⁴ Esta es una de las razones por lo que en las sociedades modernas la consagración del supraprincipio del modelo de Estado Social, carezca de fortalezas para ser concurrentemente un instrumento de lucha frente a las arbitrariedades.

A la par, el panorama mundial también contribuye para que las revoluciones triunfen deprisa; se hacen múltiples promulgaciones en la comunidad internacional en nombre de la humanidad para que haya un orden social justo, pero esto es un ideal inalcanzable hasta tanto no se intenten superar los conflictos que afligen desde siglos pasados a la sociedad en su conjunto. Muy por el contrario, estas manifestaciones

¹⁴³⁴Cfr. MILLER, Henry. *Trópico de Cáncer*, 1986, pp. 18-19. En: HERRERA FLORES, Joaquín. “La riqueza humana como criterio de valor”. *Crítica jurídica*, nº. 21, 2002, p. 67.

contribuyen dando vida al conflicto que subyace: marginación, inequidad, discriminación, etc. Todas ellas son problemáticas de fondo que se han evidenciado décadas tras décadas, y sin embargo, el mundo sigue su marcha y los problemas estructurales se mantienen imponiéndose como solución un discurso de seguridad como excusa primaria para actuar, en determinados casos, con abuso de poder y legitimar ciertas prácticas no propias de sociedades democráticas. Por eso más que un discurso por la seguridad nacional, es requisito *sine qua non* garantizar la seguridad de unos derechos mínimos para que se pueda vivir dignamente como persona. Estas serían dos cosas sustancialmente distintas, en tanto la última postura aboga y exige hacer de los derechos humanos una realidad.

JAKOBS ilustró bastante bien con sus obras, cómo el valor de ser persona es suprimido para ciertos grupos sociales, lo cual excluye y deteriora la esencia de cualquier ordenamiento jurídico. Por ello el reclamo seguirá siendo la búsqueda de instrumentos donde la distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” sea una cuestión suprimida, ya que esta tensión carece de cualquier validez normativa y fáctica, al contradecir directa y abiertamente la esencia misma de los derechos humanos.

El análisis esbozado demuestra cómo el Derecho penal se está construyendo no para combatir necesidades vitales de cualquier sociedad, sino como una herramienta de lucha despiadada y terrorífica, violentando garantías tanto sustanciales como procesales, tanto a nivel nacional como internacional, pues lo que importa es castigar a toda costa por el sofisma de una sociedad que se consume en el riesgo. Se incrementan las penas desproporcionadamente, se pasa de un Derecho penal del acto a un derecho penal de autor; parece revivir la fórmula de un proceso penal acusatorio a uno de estirpe inquisitivo, donde la situación procesal del acusado es de inferioridad, máxime cuando se le considera el “enemigo” a combatir por las Naciones “civilizadas”. Así se validan distintas formas de control social para contrarrestar la desviación que por esencia le es atribuible al enemigo.

Pues bien, la lógica presente es poner en movimiento un poder penal como el poder que todo lo puede, esto desde la óptica de un derecho penal de autor que persigue a la persona que hay en el enemigo por actos que aún no se han cometido, esencialmente para contrarrestar futuros riesgos en busca de seguridad colectiva.

Por otra parte, “el delito no se toma como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado éste defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo”.¹⁴³⁵ Por eso a lo largo de la historia se han construido principios de argumentación jurídica, o motivos que bastasen para desviar el ánimo despótico de quien quiere delinquir y trasgredir las leyes de la sociedad, apareciendo así, el derecho a castigar¹⁴³⁶, justamente para quien trasgreda la ley penal. Por tanto, ante la inobservancia del derecho sigue siendo una opción legítima.

De hecho, en la época actual las distintas formas de control social –que siguen latente para evitar la conducta desviada– se están utilizando a nivel extremo ante la señal más evidente de riesgo; es sabido que la comunidad internacional se desgasta pensando en cómo combatir el terrorismo porque este fenómeno está afectando a las grandes naciones. Empero, no se piensa mancomunadamente en cómo ayudar a quienes a diario padecen en la miseria o en la marginación. Esta cuestión no es algo relevante como tampoco lo es, el fin de las grandes naciones en pro de ayudar a los países periféricos, pues hay una lucha de poder donde el control armamentístico, *inter alias*, y la inversión en armas para la guerra, capta especialmente la atención como una prioridad para seguir dominando y aniquilar a los enemigos. Por ello es que debe objetarse la legitimación del recurso por parte del Estado a la maquina penal, su instrumento más poderoso. Pero lo realmente cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social.¹⁴³⁷

¹⁴³⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Op. Cit, p. 18.

¹⁴³⁶ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Op. Cit, p. 11.

¹⁴³⁷ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Op. Cit. p. 14.

Casos como los del Estado colombiano que desde finales de los 40s han visto turbada la paz por una guerra de guerrillas, que en la actualidad sólo se combate con políticas de seguridad y de tolerancia cero, deslegitiman el sentir de un Estado democrático, pues hasta tanto existan contextos de marginación y exclusión, y una sociedad descontenta por un Estado inoperante, los tratados internacionales sobre derechos humanos quedarán ineficaces ante los Estados que no tienen la mínima intención de cumplir con los deberes contraídos y de garantizar los derechos consagrados para la sana convivencia en sociedad. Es más, la protección de los derechos humanos en el *corpus iuris* del derecho internacional, como se mencionó, es utilizada como pretexto en el discurso por el boom de la llamada seguridad *¿Pero seguridad de quién o para quiénes?*

La respuesta incluye una pura obviedad, la seguridad de los no enemigos del sistema, que están viendo turbada la “paz social”, lo cual difiere en gran medida de las necesidades vitales de aquellas personas que sobreviven pero sin derechos; en países democráticos donde no hay respeto por la diferencia y en Estados de Derecho donde no hay derechos, sino la ley de la supervivencia, donde los Estados también combaten el terrorismo con terrorismo, violencia con más violencia, colocándose al mismo nivel de quienes dicen defenderse. En suma, valdría la pena preguntarse *¿Derecho penal “del enemigo”, o ¿“Enemigos” por ley de la supervivencia?*

En esta paradoja de la existencia, los seres humanos se autodestruyen pero exterminando lentamente todo cuanto les rodea; situaciones como las generadas en la Primera y la Segunda Guerra Mundial son ejemplos claros de violencia extrema por la lucha de poder, situaciones que comúnmente se salen del control del propio Derecho, pues en estos casos el Derecho será lo que digan quienes tienen el poder *de facto*, bajo el auspicio de la tiranía.

Un arma importante para limitar el uso arbitrario del poder está en el “hacer”; un hacer que implique acciones que permitan el diálogo de la sociedad civil o de aquellos que militen por los derechos humanos, constituidos en sujetos activos, intentando no

ser unas simples marionetas para servir como fiscalizadores de quienes monopolizan el ejercicio del poder.

La satisfacción de unos estándares mínimos de bienestar es un aspecto importante que mide el nivel alcanzado en la lucha por la democracia y en la evolución de las relaciones de poder para fomentar profundas transformaciones. Posiblemente este sea un punto crucial para poder superar el estado de cosas que empeoran las garantías mínimas para vivir con dignidad. En este aspecto es donde se necesita un estudio del Derecho de forma holística, que considere cada fenómeno en particular para dar soluciones concretas intentando cumplir su cometido.

En este sentido es de obligatoria observancia colocar los derechos humanos en el lugar que corresponde, situándolos en diálogo con los procesos sociales donde están insertos. Esto significa que no se deben entender los derechos humanos,¹⁴³⁸ ni ningún otro objeto de investigación de un modo aislado, sino siempre en relación con el resto de objetos que se dan en una determinada sociedad.

En consecuencia, el llamado es a guiar la discusión por un Estado Social de Derecho que no se quede sólo en el discurso y trascienda de la eficacia simbólica de los derechos a su efectiva protección. Aquí es donde entra en juego el papel de las altas Cortes, bien en su ámbito nacional o internacional, como máximas guardianas de los derechos humanos para que el Derecho no sea lo que digan quienes tienen monopolio de la fuerza, sino el consenso producto de la democracia. En caso contrario, retrocediendo en la historia reaparecerían Estados autoritarios y se perderían batallas que ya han sido ganadas en nombre de la democracia.

Por otra parte, si este análisis es ligado al poder punitivo podría ser bastante útil la propuesta de BARATTA,¹⁴³⁹ que ante la función natural del sistema penal de conservar y reproducir la realidad social existente; aboga por una política de transformación de esta realidad con una alternativa basada en la afirmación de valores y de garantías

¹⁴³⁸HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Op. Cit, p. 80.

¹⁴³⁹BARATTA. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Op Cit. P. 239.

constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares. La cuestión es que el Derecho penal obvia estos elementos y queda en un triple sentido reducido a una actitud de defensa. Personificado en una armadura protectora contra enemigos, legitimando para ello reformas procesales y penales: *–derecho procesal y penal del enemigo–*.

Sí se aceptan éstas categorías de diferenciación en éstas dos clases de Derecho penal de las que habla JAKOBS –un Derecho penal y procesal para ciudadanos y un “derecho” penal para los enemigos–, visión que por antonomasia cosifica al ser humano, se estaría avanzando en una época de debilitamiento del Derecho penal y no sólo en el caso alemán, pues la crítica se ve reflejada en diferentes contextos, ya sea europeo o latinoamericano –o más bien, puede extenderse a nivel global– pues métodos correctivos altamente retrógrados persisten. Caso en el cual se está legitimando, entre otras cosas, el dar de “baja”, y en algunos eventos fuera de combate, por la fórmula de acción preventiva reapareciendo una dogmática penal autoritaria, en donde los que son sometidos no se les debe aplicar el derecho que opera en los sistemas jurídicos-políticos, sino el Derecho penal “del enemigo”.

Indudablemente tales afirmaciones demuestran la crisis que atraviesa el Derecho penal, razones esenciales que hacen enfrentarlo a grandes retos y transformaciones ante la idea de su deslegitimación. Sí ello ocurriese, es decir, sí el ejercicio del poder penal pierde legitimidad, parece imposible salvar la dogmática.¹⁴⁴⁰ Dicha crisis se expresa con claridad cuando surgen fundamentos posiblemente más dañosos que el mal mismo que se pretende superar.

Aunque las situaciones amenazantes en la convivencia fueron las que obligaron desde épocas pasadas a los hombres a ceder parte su propia libertad, es igualmente cierto que cuando se cae en el exceso se puede perder la credibilidad en el fundamento de la pena: “todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”.¹⁴⁴¹ La

¹⁴⁴⁰ZAFFARONI, Eugenio. *En torno de la cuestión penal*. Op. Cit. p. 98.

¹⁴⁴¹SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. Cit, p. 11.

grandeza de la pena, como manifestación del sentir del Derecho penal, no debe estar en el monto a imponer, sino en su efecto de persuasión, de manera que *a priori* evite futuras consecuencias. Aunque la sencilla afirmación de la ilustración “en el sentido de que la pena debe intimidar no es sostenible desde la crítica de KANT, la idea de este último de una pena merecida pero carente de fines tampoco resulta satisfactorio en la actualidad”.¹⁴⁴²

Al respecto, ha sido GUSTAV RADBRUCH, un idealista socialdemócrata y un conocedor profundo de la historia y de los límites del Derecho penal burgués, quien ha escrito que la mejor reforma del Derecho penal no sería la de sustituirlo por un Derecho penal mejor, sí no por algo mejor que el Derecho penal.¹⁴⁴³ Es ahí donde el papel del Derecho, y no sólo en su ámbito penal, amerita ser fortalecido, con una motivación conjunta: desde la política, desde los diferentes gobiernos y organizaciones que luchan por los derechos humanos, para entender que en el mundo no se puede concebir al ser humano sin Derechos, y no se puede convertir a aquellos en nuestra propia arma de destrucción.

Lograr sustituir el Derecho penal por algo mejor puede ser posible si se construye una sociedad renovada. Pero no se puede perder de vista que diversos elementos deben contribuir en dicha renovación, por ejemplo, en el caso de una política criminal alternativa, debe desarrollarse con miras a “la transición en una sociedad que no tenga necesidad del Derecho penal burgués, y que, entre tanto, deban realizarse en la fase de transición todas las conquistas posibles para la reapropiación por parte de la sociedad, de un poder alienado, y para el desarrollo de formas alternativas de autogestión de la sociedad, aún en el campo del control de la desviación.”¹⁴⁴⁴

¹⁴⁴²JAKOBS, Guñther. *El derecho penal como disciplina científica*. Traducción al castellano de Alex Van Weezel. Navarra: Cuadernos Civitas, 2008, p. 35.

¹⁴⁴³Cfr. BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XIX editores, 2004. p. 220.

¹⁴⁴⁴Ibid, p. 220.

Usualmente se reprocha a los Estados porque estos no se ocupan de las mínimas necesidades, situación que también afecta por conexidad los niveles de delincuencia, síntoma de disputa que utilizan los gobernantes como discurso legitimador y campaña de lucha para sostener un sistema penal ineficaz. Por ello el Derecho penal termina siendo un instrumento para legitimar actos que vulneran lo que el derecho debería garantizar desde cualquier esfera, sea esta, política, social, económica, o humanitaria, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso, a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y en las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

La cuestión es que la dogmática penal y las necesidades sociales actuales entran en un contradictorio, por ello se busca de manera alineada un escudo ante el propio Derecho penal, en busca de una defensa frente a los ataques llevados en nuestros días contra las garantías liberales que le asignan las Constituciones de los Estados de Derecho.¹⁴⁴⁵ Defensa, en segundo lugar, frente al propio Derecho penal en lo que signifique contención y reducción de su campo de intervención tradicional y sobre todo de sus efectos negativos y de los costos sociales que pesan particularmente sobre las capas más débiles y marginales del proletariado y que contribuyen de esta forma a dividirlo y debilitarlo material y políticamente.¹⁴⁴⁶ Defensa, finalmente, *a través* del Derecho penal en la medida en que, por el momento, puede ser aún considerado como una respuesta legítima, [más no la única y no siempre la más adecuada], ante la falta de alternativas para resolver los problemas sociales en el marco de un modelo integrado.¹⁴⁴⁷

Todo esto debe tener como norte los procesos culturales, se trata de tomar en serio cada proceso de creación jurídica que tenga en cuenta los cambios sociales. Todo fenómeno cultural comprende experiencias y relaciones que no sólo establecen un conjunto de opciones y decisiones concretas en momentos concretos,¹⁴⁴⁸ sino que

¹⁴⁴⁵Ibid, p. 239.

¹⁴⁴⁶Ibid, p. 239-240

¹⁴⁴⁷Ibid, p. 240.

¹⁴⁴⁸Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Op. Cit. p. 80.

también estructuran de manera real y experimental la forma en que se realizan y definen en primer lugar estas opciones. Por ello, “cada derecho, cada interpretación y cada práctica social que tenga que ver con los derechos, no hay que considerarla como el resultado casual o accidental del trabajo de individuos o grupos aislados, sino formando parte de un proceso amplio de relaciones sociales, políticas, teóricas y productivas”.¹⁴⁴⁹

Con este fin, la función de la academia es convertirse en puente para que trascienda una verdadera cultura de humanización de los seres humanos, a todos los escenarios, a la escuela, la familia, etc., ya que hay una crisis y no sólo jurídica, que imposibilita vivir dignamente. Aquí es en donde cobra vida el papel de la sociedad civil como movimiento transformador. La responsabilidad en esta tarea es una cuestión colectiva, para abrir los ojos por fuera de lo que esté diseñado como global con pretensión de ser políticamente correcto, para salir de ese marco donde quién no tenga cabida no sea olvidado, desconocido, etiquetado, y excluido.

En esta realidad que se debate el uso del lenguaje por el poder que tienen las palabras es una cuestión que no puede ser subestimada al hacer un análisis de esta dimensión. Lo cierto es que el lenguaje según como sea utilizado es un sólido elemento que sirve como estrategia de persuasión a la hora de violentar los mismos derechos humanos. Los medios de comunicación, hoy por hoy, son dirigidos como una fuerte herramienta de persuasión para entender el rol que juegan los derechos, pero en lugar de cumplir una función social muchas veces manipulan la información olvidándose de la responsabilidad social.

La información es un bien público esencial, pero es tratada también como una mercancía por las distintas esferas de poder alentados por la facilidad que tienen de manejar a la opinión pública. Los medios de comunicación se valen de la eficacia simbólica de los derechos para fortalecer sus discursos y mandar mensajes de crisis e

¹⁴⁴⁹ Ibíd. p. 80.

inseguridad¹⁴⁵⁰ global al subconsciente de la población que los interioriza. Enviando un mensaje directo para especificar en un sector de la población, aquello que debe ser objeto de peligro; cosa que se repite a diario con el mal uso del lenguaje y por el poder que tienen las palabras. Por ello los enemigos siempre seguirán siendo los mismos, inmigrantes, disidentes, terroritas, delincuentes, mendigos, prostitutas, nombres que se reproducirán siempre en atención al mensaje enviado por el emisor.

En relación a lo anterior, hay que reorientar el debate público porque los medios muchas veces reproducen erróneamente, distorsionan la información y con esto transforman la realidad de los derechos. De esta manera los derechos humanos han sido víctimas del mal intencionado uso que de ellos hacen también los medios de comunicación en la comunidad internacional, pues el mensaje que se trasmite es que no hay disfrute de derechos en tanto no exista seguridad en ocasión a fuentes de peligro permanentes. Está conversión daría: Seguridad = derechos. Cosa que no es cierta. Pues hay un conjunto de componentes que se deben tener en cuenta a la hora de satisfacer estándares mínimos que todo ser humano necesita para tener una vida plena y en condiciones de igualdad, pero una igualdad real, que no excluya, tache y etiquete a quienes están marginados por el propio Derecho, bajo la consideración de tratarles como si fuesen criminales de nacimiento, para así, finalmente, combatir de *ipso facto* al futuro agresor, aunque todavía no haya contrariado la norma vigente.

Es innegable que la lucha por los derechos humanos ha traído consigo la preocupación por humanizar al Derecho penal, no obstante, se verifican indiscutibles desafíos para la debida salvaguarda de tales derechos, pues aún la conexión existente entre los derechos humanos y el Derecho penal, el panorama es, desafortunadamente, desconsolador.

¹⁴⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 28.

¿Qué esperar de la justicia penal internacional?

Lo primero que se puede indicar –partiendo de las ideas expresadas– es que en general los tratados internacionales forman parte de la diplomacia mundial, y como tal, pueden ser adoptados o no, según los criterios de conveniencia de cada Estado, en efecto, es bastante razonable que el mismo control provenga directamente de la buena voluntad de cada Estado como sujeto primario de derecho internacional. No existe ningún órgano, ni organismo, que tenga la fuerza de obligar a los Estado u otro sujeto de derecho internacional con capacidad, a que se hagan parte de convenios internacionales por intereses plenamente identificados con la generalidad de la humanidad en su conjunto.

Si lo expresado se traslada al ámbito penal internacional, esa sería la razón principal por lo que potencias como EE.UU, Rusia, y China, hasta hoy sean Estados renuentes en la ratificación del Estatuto de Roma, en la constitución del primer Tribunal Penal Internacional permanente en toda la historia de la humanidad, intento que venía frustrado desde la Primera Guerra Mundial. Esto es una respuesta sensata derivada del ejercicio de la soberanía de los Estados como sujetos con independencia para actuar lejos de poderes o fuerzas extrañas, en los asuntos internos que se relacionen con el desarrollo y uso exclusivo de su soberanía.

Es evidente que la aprobación del Estatuto de Roma ha significado una evolución muy importante en el proceso de internacionalización del derecho. A través de este tratado la comunidad internacional se ha puesto de acuerdo por primera vez sobre la creación de una jurisdicción penal permanente¹⁴⁵¹ con vocación universal para juzgar los comportamientos que constituyen (o deberían constituir) la expresión más fuerte del núcleo duro del Derecho penal¹⁴⁵². Por lo tanto, un Tribunal Penal Internacional ha sido y es necesario, lastimosamente los Estados muchas veces no logran hacer una efectiva

¹⁴⁵¹ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. Op. Cit, p. 93.

¹⁴⁵² MALARINO, Ezequiel. "Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana". Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (eds.). *En Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006, p. 489.

persecución penal respecto de personas que comenten crímenes graves en el orden internacional. Pero también hay que aclarar que, ya la historia ha dejado, lo suficientemente claro, cómo con la excusa de la defensa de la *humanidad* se han creado también grandes abusos.

El éxito de la Corte Penal Internacional, dependerá sin lugar a dudas de la colaboración armónica que pueda surgir para la aplicación del Estatuto de Roma entre los Estados sean o no parte de dicho tratado, esto permitiría concertar el ejercicio de una jurisdicción penal internacional sistematizada directamente con los sistemas jurídicos nacionales. Y un factor, aún más importante, dependerá del buen uso que pueda hacer el Consejo de Seguridad de los poderes otorgados para activar la CPI en los casos que se requiera, pues la crítica de la comunidad internacional que abogaba por una Corte Independiente de cualquier influencia política, está alarmante a la espera de que realmente exista un buen trabajo conciliado entre CdS y la CPI.

Sin embargo, no debe entenderse a la CPI como el único ente en la lucha contra la impunidad, –y es apenas lógico que sea el centro de atención pensado para una justicia penal internacional– cuando realmente por el ejercicio de la soberanía y en virtud del principio de complementariedad, son los Estados los que directamente deben poner en curso todo su aparato judicial para iniciar causas que lleven no sólo a una sanción y posible reparación, sino también a la prevención de crímenes internacionales. Sí esto pudiese lograrse realmente el papel de la CPI sería subsidiario, para los casos en que los Estados sean inoperantes y no cuenten con los medio adecuados, oportunos y eficaces para adelantar y llevar una causa que pueda ser de competencia de la CPI.

Desafortunadamente, ante otra opción posible, se requiere de un ente regulador para que se luche contra la impunidad cuando tal cosa suceda. Pero en lo que a la CPI respecta, quedan muchas dudas en relación a su funcionamiento en el futuro. Tres de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no han ratificado el ER y tal situación condiciona claramente el papel de la justicia internacional. Frente a ello surgen muchas zonas de penumbras, sobre todo para responder a la pregunta, *¿Qué*

sucedería en el caso que ciudadanos de Estados signatarios se vieran afectados por la comisión de crímenes internacionales por nacionales de terceros Estados no partes en el ER?

La respuesta a esta pregunta podría ser dada en el papel que desempeñe el CdS, por los poderes otorgados por la Carta de la ONU,¹⁴⁵³ para obligar a aquellos Estados que sin ser parte del ER, puedan ver comprometida la responsabilidad de sus nacionales por el hecho de ser Estados miembros de las Naciones Unidas, y esto bien aplicado sería un *plus* en beneficio de la justicia penal internacional, respecto de aquellos Estados que insisten en mantenerse reacios en el actuar de la CPI.

Apreciación que igualmente genera poca certeza, pues no sobra advertir, que las potencias que actualmente componen los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad –EE.UU entre ellas– juegan un papel protagonista para ejecutar una resolución que tendría que ser remitida en su efecto, para activar la CPI, situación que genera más que críticas, incertidumbre en la aplicación efectiva del derecho penal internacional, independientemente del lugar de origen de los nacionales implicados por presuntos crímenes internacionales.

Además, los logros generados hasta el momento podrían verse debilitados sí los Estados que han ratificado dicho estatuto no ven que exista igualdad jurídica entre los Estados, frente aquellos que no aceptan la soberanía de la CPI, pues la causa mayúscula en este caso, es humanizar el derecho y humanizar la convivencia entre los Estados con la fiel idea de emprender el desarrollo de un orden justo e igualitario, en la salvaguarda real de los derechos humanos como método para poner límites a ese ejercicio arbitrario del poder.

Al mismo tiempo, de manera apresurada tampoco podría decirse que el funcionamiento de la CPI sería un fracaso ante la ausencia de quienes se niegan aceptar su jurisdicción. Se acercan días decisivos que ayudaran a aclarar un poco estas zonas de penumbra, sobre todo por la crítica que constantemente se hace de que la

¹⁴⁵³CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. Op. Cit, p. 93.

justicia penal internacional está concentrada en países africanos más que en otros.

Tal cosa puede ser circunstancial, pero el definir denuncias que están a la espera de respuesta, es clave en lo que podrá ser una labor seria respecto de casos que están a la vista para valorar la eficacia real o no de dicha institución. Que en todo caso, debe propender por un debido proceso legal y justo, garantizando las mismas oportunidades de ataque y de defensa de las partes implicadas.

De la misma manera, por lo que en este escrito se expresó, es necesario poner sobre la base, a modo de reflexión, un cuestionamiento más, debido a las prácticas que inundan las actuaciones jurídicas de muchos Estados en la comunidad mundial, por las políticas de seguridad que han generado que se hable del Derecho penal “del enemigo”., por tanto, *¿Sería posible hablar de un Derecho penal internacional deslegitimado por la hegemonía mundial avanzando como Derecho penal del enemigo”?*

La explicación para que la respuesta a esta pregunta no sea afirmativa, es que en el devenir de los días la justicia penal internacional no se corrompa y no se convierta en una no-justicia, bajo un desarrollo normativo que no aliente la misma y fallida lógica de acción de los poderosos, y más allá de eso, su creación jurisprudencial y doctrinaria se compagine con los principios liberales en el cual se inspiró en algún momento, el Derecho penal desde la época de la ilustración; armonizado esto a los principios elementales con los que desde décadas se ha fundamentado el derecho internacional.

A partir del análisis de las decisiones de la Corte Penal Internacional en el Caso Lubanga y la solicitud del Fiscal de detener al Presidente en ejercicio de Sudán, se puede decir que los avances son considerables aunque el camino por recorrer sea aún más largo para consolidar la labor de la CPI. El Caso de Lubanga ha dejado la enseñanza, hasta la fecha, que la Fiscalía y la CPI pueden actuar de manera independiente y que además el respeto a la garantía de los implicados en el proceso ha sido coherente con la defensa de los derechos humanos, también desde la óptica de los acusados, independientemente de cual fuese el crimen imputado.

En el mismo sentido, en lo que respecta a la actuación de la CPI, sus fallos deben estar inspirados siempre sobre la idea de mantener una interpretación conforme al objeto y fin de su tratado constitutivo, es decir el ER, y las bases que ya han sido sentadas y superadas desde Nüremberg para que en futuras decisiones no se cometan los mismos errores.

Adicionalmente es clave sentar el precedente en hacer una reforma sustancial en el Consejo de Seguridad de la ONU, pues la forma como desarrolla su *modus operandi*, cuestiona gravemente la legitimidad de un sistema democrático mundial, como el que pretende ostentar las Naciones Unidas. Lo cual me atrevo a decir en este escrito, es un ejercicio muchas veces arbitrario de la soberanía que tienen los poderosos respecto de terceros Estados en el orden mundial.

Tal situación puede condicionar la labor de la CPI, en la medida que también el Consejo de seguridad puede activar la jurisdicción de la Corte y cuando no, puede hacer uso del tan cuestionado derecho de veto para actuar de una manera u otra, vetando un asunto según convenga a los intereses de los miembros permanentes, ya que es claro que en esta dinámica el “poder es para poder hacer” más allá de la lógica discursiva que intenta superar los males de la historia, bajo el reflejo de la tutela efectiva de los derechos humanos, apuntándole a la protección de aquellos, pero reaccionando con guerra preventiva para contrarrestar supuestos peligros eventuales, con el objetivo de eliminar a los “enemigos”.

Con esto no se quiere decir que la visión del Derecho penal internacional sea de retroceso, al contrario, el concebir a los seres humanos como sujetos derecho internacional, y con la transformación del derecho internacional en general, ha habido muchas luces, pero aún así se conservan sombras respecto del cause que debe tomar la comunidad internacional no sólo en la consecución de la paz, sino también en la prevención de guerras futuras, haciendo uso de las enseñanzas recibidas por la historia, que como se analizó, legitimaron la aplicación del derecho penal internacional en pro de castigar a los enemigos.

Por ello, es sabia la afirmación de que quien no conoce su historia está condenado a repetirla. Y para desaprender lo mal aprendido es necesario pensar, repensar, y des-pensar el mundo en que vivimos, para apostarle a un nuevo Derecho, que sea coherente con las practicas sociales y le apueste a la maximización de los valores democráticos.

Por consiguiente, lo estudiado no puede marcarse como un tema concluido, realmente son reflexiones que necesitan del devenir de los días, para poder llegar a posibles conclusiones. Consecuentemente, lo que hasta aquí se analiza no puede comprometer un estudio muy profundo de la Corte Penal Internacional, que indique su ineficacia respecto del cometido para el cual ha sido creada. Antes por el contrario, se han resaltado grandes avances como lo es la protección consagrada desde el ER a las víctimas, con la creación del Fondo de asistencia para aquellas que lo requieran, incluso con un sistema de reparación y garantía de confidencialidad sí el caso lo exige.

Lo anterior denota que el sistema penal internacional conformado desde Roma está pensado también en la defensa de las víctimas conforme a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Pero la discusión que llega como alarma, de manera obligada en esta tesis, es que en el plano internacional no se escapa, desde la doctrina propuesta, de la contaminación del ya enunciado derecho penal del enemigo. Toda vez que sin duda, “el mayor déficit jurídico del poder punitivo internacional reside en la poca atención que presta a los pilares básicos que la cultura penal moderna ha construido para tolerar y consentir que un instrumento tan violento y brutalizante como el derecho punitivo pueda contarse todavía entre las medidas sociales a tomar en una organización política civilizada, sin que por ello deje de ser civilizada”.¹⁴⁵⁴

Observar estas cuestiones y objetar el acervo heredado revive discusiones muy graves y complejas en torno a la cuestión penal. A la par, la idea de mirar los derechos con múltiples matices y componentes desde lo histórico, cultural, institucional, etc., no es más que la necesidad de reivindicar y provocar la lucha en lo que atañe a los

¹⁴⁵⁴PASTOR R. Daniel. *El poder penal internacional*. Op. Cit, p. 179.

derechos humanos, sin olvidar su centro mismo, la dignidad. Cuestión esencial, también en materia penal.

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

Finalmente, por los avances y al mismo tiempo por los retrocesos, sigue siendo imperioso acudir a la historia de las luchas sociales, que son realmente el primer paso en la concreción de derechos humanos. Precisamente la reivindicación de los derechos en ausencia de un reconocimiento jurídico, ha servido para poner un dique al poder arbitrario y despótico, o para cuestionar una legalidad basado en los privilegios y en la fuerza.¹⁴⁵⁵

En tal sentido, la postura pedagógica del diamante ético devela como diría el maestro JOAQUÍN HERRERA *“la historia de los grupos marginados y oprimidos por esos procesos de división del hacer humano”*. Tal estrategia incita a una valoración multidisciplinar de los derechos humanos, pues la responsabilidad no emana sólo del ente estatal, sino de las organizaciones e instituciones que cada día incorporan y reviven los resultados de las luchas anadas desde décadas pasadas, pero que a veces quedan en el olvido cuando se justifican teorías como la del derecho penal del enemigo.

Dicha postura marca la miopía constante en la que se desarrollan las reformas actúales, que tienen en el centro mismo del Derecho penal no al ser humano, sino el combate de peligros para asegurar el buen vivir y el estándar mínimo de quienes ejercen el control hegemónico y necesitan estar a salvo, de los “Otros-“enemigos” del sistema. En consecuencia, se necesita repensar y des-pensar el mundo, así quizás, se podría superar el abismo y escepticismo que se vive, pese a las situaciones que

¹⁴⁵⁵ PAPACCHINI, Ángelo. *Filosofía y derechos humanos*. Colección Artes y Humanidades. Cali: Universidad del Valle, 2003. p. 50.

parecieran no tener solución por la incertidumbre que se marca con el devenir de los días.

Quiero terminar estas palabras, no sin antes enfatizar que, la realidad social imperante necesitará siempre de una postura crítica, pero desde mi apreciación una cosa es la teoría y otra es la praxis. Por ello, una materialización de los esfuerzos detrás de toda teoría, deben verse plasmado con resultados que ameriten el esfuerzo en el largo camino por construir, con pautas que celebren e impregnen los hallazgos, las luchas y las necesidades más vitales, a la vida política como fórmula “viva” de las arduas campañas que aún deben fortalecerse para continuar con los procesos emancipadores, para que aquellos sean realmente portadores de garantías fundamentales. De lo contrario, la crítica, en tanto teoría, no pasaría de ser simplemente eso, una simple teoría.

En definitiva, con el resultado de los procesos sociales en el hacer humano, ahora corresponde seguir construyendo las frases, aunando esfuerzos para hacer visible lo invisible. Y dejarnos llevar como escribiría GALEANO, *por los caminos del viento*:

“Ojalá seamos dignos de tu desesperada esperanza. Ojalá podamos tener el coraje de estar solos y la valentía de arriesgarnos a estar juntos, porque de nada sirve un diente fuera de la boca, ni un dedo fuera de la mano.

Ojalá podamos ser desobedientes, cada vez que recibimos órdenes que humillan nuestra conciencia o violan nuestro sentido común.

Ojalá podamos merecer que nos llamen locos, como han sido llamadas locas las Madres de Plaza de Mayo, por cometer la locura de negarnos a olvidar en los tiempos de la amnesia obligatoria.

Ojalá podamos ser tan porfiados para seguir creyendo, contra toda evidencia, que la condición humana vale la pena, porque hemos sido mal hechos, pero no estamos terminados.

Ojalá podamos ser capaces de seguir caminando los caminos del viento, a pesar de las caídas y las traiciones y las derrotas, porque la historia continúa, más allá de nosotros, y cuando ella dice adiós, está diciendo: hasta luego.

Ojalá podamos mantener viva la certeza de que es posible ser compatriota y contemporáneo de todo aquel que viva animado por la voluntad de justicia y la voluntad de belleza, nazca donde nazca y viva cuando viva, porque no tienen fronteras los mapas del alma ni del tiempo”.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER Max. *Dialéctica de la ilustración*. Joaquín Chamorro Mielke (Trad.). Madrid: Akal, 2007.
- ADORNO, Theodor W. Et, al. *La personalidad autoritaria*. Julio del Pino Artacho, (trad.), Max Horkheimer, (Ed); Prefacio, introducción y conclusiones. *Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, nº 12, 2006, pp. 155-200. Recuperado en: <<http://www.redalyc.org/pdf/2971/297124008008.pdf>>.
- AFANADOR, Miguel Ángel. *Amnistías e indultos, la historia reciente*. Bogotá: ESAP, 1993.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Antonio G. Cuspina, (Trad.), Valencia: Pre-textos, 2010.
- _____. *Estado de Excepción. Homo sacer (II, I)*. Flavia Costa-Ivana Costa, (Trads). Buenos Aires: Adriana Hidalgo (ed.), 2007.
- _____. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer (III)*. Antonio G. Cuspina, (Trad.), Valencia: Pre-textos, 2000.
- AGUILAR CARDOSO, Luis Enrique. *El derecho humano a la libre circulación de personas en la migración internacional intracomunitaria*. Luis Enrique Aguilar Cardoso, (Coord.), Comisión Andina de Juristas. (CAJ), Lima, 2010.
- AGUIRE, Mariano. “La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: La guerra preventiva y la ideología del imperio”. En *RIFP*, nº 21, 2003, pp. 236-242.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. “El derecho penal en la intervención de la política populista” Carlos María Romero Casabona (Coord.). En *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 1999, pp. 471-488.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, Madrid: Dykinson, 2007.

AMBOS, Kai. "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma". *Revista de derecho procesal* 1999, pp. 553-594.

_____. "Derechos humanos y derecho penal internacional". *Diálogo Político*. Año XXI, nº. 3, 2004, pp. 85-115.

_____. "Derecho penal del Enemigo". Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.). En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol 1. 2006, pp. 119-162.

_____. *La parte general del derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática*. Ezequiel Malarino (trad.). Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

_____. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. "La construcción de una parte general del derecho penal internacional". Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (coords.). *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 13-42.

_____. "El marco jurídico de la justicia de transición". Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), En *Justicia de Transición*. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 23-132.

_____. "Nulla poena sine lege in international criminal law". Roelof Haverman and Olaoluwa Olusanya, (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Oxford: Intersentia publisher, 2006, pp. 17- 36.

_____. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier, 2008.

_____. "Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional". Un análisis jurisprudencial. De Nüremberg a La Haya". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº. 21, 2003, pp. 7-26.

_____. "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado

internacional". Polít. Crim, vol, 5, nº, 9, 2010, pp. 237-256. [En línea] Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf>.

AMPUDIA DE HARO, Fernando. "Distinción social y franquismo: dicotomía vencedor/vencidos". En Actas del II Congreso Internacional de Historia de Nuestro tiempo. Logroño: Universidad de la Rioja, 2010, pp. 285-293.

ANDREU GUZMÁN, Federico. *Retroactividad penal de crímenes internacionales*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1era ed, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Del puerto, 2010.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de la reacción Social*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1977.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*. Estudios ocasionales. Bogotá: Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS). Universidad de los Andes. 1999.

_____. *Persecución penal por crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Ibáñez, 2010.

_____. "Derecho penal del enemigo Vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad". En Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, (Coords.), *El derecho penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. I, 2006, pp. 163-204.

_____. "Informe nacional. Colombia". kai Ambos. Ezequiel Malarino, (Coords). En *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Informes adicionales de España e Italia. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp.159-212.

- _____. “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”. En Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. I, 2006, pp. 205-238.
- _____. “Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿Una historia fallida?”. *Diálogo Político*, 3, 2005, pp. 59-80.
- ARENAS, Ismael. “Arrancan jueces sin rostro”. *El Tiempo*. Sección Justicia. Recuperado de: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-9172>>.
- ARENAS, Jacobo. *Cese el Fuego: Una historia política de las FARC*. Bogotá: Oveja Negra, 1985.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*. Carlos Ribalta, (trad.), Barcelona: Lumen ed, 2003.
- _____. *La condición humana*. Introducción de Manuel Cruz. Traducción de Ramón Gil. Buenos Aires: Paidós, 2009.
- _____. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, Grupo Santillana de Ediciones, 1998.
- ARIEL SÁNCHEZ, Carlos. “La administración de Justicia en Colombia, siglo XX Desde la Constitución de 1886 a la Carta Política de 1991”, *Revista Credencial Historia*. No. 136, 2001. [En línea]. Disponible en: <<http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2001/136sxx.htm>>.
- ARÓSTEGUI, Julio. Jorge Marco y Gutmaro Gómez Bravo (Coords.), “De Genocidios, Holocaustos, Exterminios. Sobre los procesos represivos en España. Durante la Guerra Civil y la Dictadura”. En *Hispania Nova*. Revista de Historia Contemporánea, nº 10, 2012, pp. 1-6.
- ARRIOLA Carlos. “La naturaleza de la unipolaridad”. Pascual Bravo. Pascual García Alba, Gutiérrez Luciano y Torres Gabriela, (comps.). En el *Nuevo Milenio Mexicano*. México: UAM, Tomo I, 2004, pp. 29-72.

- ARROYO ZAPATERO, Luís. Presentación. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín, (coords.). *En Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 17-24.
- ARTETA, Aurelio. “La tolerancia como barbarie”. Manuel Cruz, (coord). En *Tolerancia o barbarie: Occidente ante el reto de la convivencia*. Barcelona: GEDISA, 1998, pp. 51-76.
- ARTHUR, P. “Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”. Reátegui Félix, (ed.), En *justicia transicional. Manual para América Latina*. Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. “En el desierto de Níger, 92 muertos para vergüenza de Europa”. Delegación de Cádiz. [En línea]. Disponible en: <<http://apdhacadiz.wordpress.com/2013/11/02/en-el-desierto-de-niger-92-muertos-para-vergüenza-de-europa/>>. [Publicado el 2 de noviembre de 2013].
- ASÚA BATARRITA, Adela. “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencia de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de inmigración”. Lorenzo Copello, (coord.). *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- BANDURA, Albert. “Moral disengagement in the perpetration of inhumanities”. *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, nº. 3, 1999, pp. 193-209.
- BANDURA, Albert. “Mechanisms of moral disengagement in support of military force. The impact of Sep. 11”. *Journal of Social and Clinical Psychology*, vol. 25, nº. 2, 2006, pp.141-165.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XIX editores, 2004.
- BARATTA, Alessandro. “Concepto actual de la seguridad en Europa”. En: *Revista Catalana de Seguridad Pública*, nº 8, 2001, pp. 17-30.

- BASTIDAS RAMIREZ, Yesid. *El juicio oral en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 1era. ed, 2001.
- BAUMANN, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Lilia Mosconi, (trad.). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Introducción de Nódier Agudelo Betancur. Bogotá: Temis, 3era ed, 2006.
- BERGALLI, Roberto. "Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del 'labelling-approach'". En *Revista de sociología*, nº 13, Universidad de Barcelona, 1980, pp. 49-96.
- BESSEL, Richard. *Alemania 1945. De la guerra a la paz*. Traducción de Gabriel Dols. Barcelona: Ediciones B, S. A., 2009.
- BETANCOURT, Milagros. *La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*. En Héctor Olásolo y Alonso Cuenca Curbelo, (Coords.). *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 355-366.
- BETANCOR, Verónica. "Atribución diferencial al endogrupo y al exogrupo de las dimensiones de moralidad y eficacia: un indicador de favoritismo endogrupal". [En línea]. *Psicothema*, vol. 15, nº. 3, 2003, pp. 407-413. Disponible en: <<http://www.psicothema.com/pdf/1080.pdf>>.
- BRANDARIZ GARCÍA, José. *Política criminal de la exclusión. el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares (ed), 2007.
- BRIZUELA BRÍNGUEZ, Luis. "Estados Unidos Mantiene Cárcel de Guantánamo". Prensa Latina, 2012. [En línea]. Recuperado en: <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2012/04/06/estados-unidos-mantiene-carcel-de-guantanamo/>.
- BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Marisa Pérez Colina, Alberto Riesco Sanz y Raúl Sánchez Cedillo, (Trad). Madrid: Akal, 2002.

- BOLLO AROCENA, M. Dolores. "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas". *Anuario Español de derecho internacional*, vol, XX, 2004, pp. 375-408.
- BOURDIEU, Pierre. Cómo se forma la "opinión pública". *En sociología y cultura*. [En línea]. <<http://sociologiaycultura.wordpress.com/2012/02/04/dos-nuevos-textos-ineditos-de-pierre-bourdieu/>>. [Consultado, febrero 4, 2012].
- BRAYLAN, Marisa. "El delito de genocidio. La construcción de un discurso de la memoria". *Nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, Nº 28, Argentina, Abril de 2007, pp. 195-200.
- BRANDARIZ GARCÍA, José. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007.
- BURKE, Peter. *Formas de hacer historia*. Madrid: Alianza, 2012.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad". José Díez Ripollés, (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Homenaje al profesor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos. 2002, pp. 3-8.
- CALDERÓN ASTETE, Rodrigo. *Pensar otro derecho*. Tesis doctoral del Programa Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Tomo I. Sevilla, 2013.
- CALVO BLANCO, Julia. "El juicio de peligrosidad". Agustín García López, (Dir.), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. UNAM, Año V, nº. 13, enero-abril, 1952, Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/13/pr/pr0.pdf>>. [Consultado, enero 17 de 2013].
- CAMARGO V, Sergio. *El narcotraficante nº 82 Álvaro Uribe Vélez Presidente de Colombia*. Paris: Universo Latino. Association, 1era ed, 2008.
- CAMPILLO MESEGUER, Antonio. "Ciudadanía y extranjería en la sociedad global". Andrés Pedreño Cánovas y Manuel Hernández Pedreño (Coords.). En *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Universidad de Murcia, 1ª edición, 2005, pp. 107-124.

- CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la “lucha” jurídico-penal “contra” el terrorismo. En: *Revista CENIPEC*, nº. 29, Universidad de los Andes. Mérida: Venezuela, 2010, pp. 81-105.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿«Derecho penal» del enemigo?” En *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. MARAVER GÓMEZ, Mario “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, *Revista CENIPEC*, nº 25, 2006, pp. 31-121.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. “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. *Jueces para la Democracia*, 44, 2002, pp. 19-26.
- CARDEÑOSA, Bruno. *El gobierno invisible*. Think-Tank: Los hilos que manejan al mundo. Madrid: Espejo de Tinta (ed.), 2007.
- CARDOZO, José Eduardo. *Justicia Transicional. Manual para América Latina*. F. Reátegui, (Ed.). Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.
- CARRILLO SALCEDO, Juan. “El sistema internacional del los derechos humanos y la globalización”. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, (coord.). *En el derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 31-40.
- CARRILLO SALCEDO, Juan. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1996.
- CASANOVA, Julián. “Una dictadura de cuarenta años”. Julián (Coord.). En *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*. Barcelona: Crítica, 2002, pp. 11-95.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya. SALINAS ALCEGA, Sergio. *Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- CEAR. *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*. Pau Pérez-Sales, (dir.), 2009.

- CEMBRERO, Ignacio. “El Ministerio del Interior reintroduce las cuchillas en la verja de Melilla”. *El País*, Madrid, 31 de octubre de 2013. [En Línea]. <http://politica.elpais.com/politica/2013/10/31/actualidad/1383248597_158835.html>.
- CHECA, Francisco. *Africanos en la otra orilla. Trabajo, cultura e integración en la España Mediterránea*. Barcelona: Icaria, 1998.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza”, en L. Reyna, S. Cuaresma, (Coords.). En *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgo y seguridad*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2008, pp. 17-52.
- CHOMSKI, Noam. *hegemonía o supervivencia: el dominio mundial de EE.UU.* Carlos José Restrepo, (Trad). Bogotá: Norma, 2004.
- CHOMSKY, Noam. “Los dilemas de la dominación”. En *Nueva hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004, pp. 1-14.
- CHOMSKY, Noam. *Piratas y Emperadores. Terrorismo internacional en el mundo de hoy*. Barcelona: Ediciones B, 2003.
- CHOMSKI, Noam. “Apuntes sobre el anarquismo, el marxismo y esperanzas sobre el futuro. Teoría a la práctica”. En Guérin, Daniel. *El anarquismo*. Buenos Aires: Ediciones Utopía Libertaria, 1970, pp. 13-30.
- Comisión Internacional de Juristas. *Colombia: Socavando el Estado de derecho y consolidando la impunidad*. 2005. [En línea]. Recuperado de: <<http://www.refworld.org/docid/48a928210.html>>.
- Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 4ta ed., 2003.
- Consejo de la Unión Europea. Comunicado de Prensa, Sesión, nº 2768 del Consejo. Justicia y Asuntos de Interior Bruselas, diciembre de 2006.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Seguridad ciudadana: realidades y percepciones". David Carpio Briz, (Coord.). En *La seguridad pública ante el derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2010, pp. 3-32.
- CRENZEL, Emilio. "El exterminio como desafío a la memoria y la transmisión". En *nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, nº 28, 2007, pp. 165-172.
- CRUZ, Manuel. *Tolerancia o Barbarie*. Occidente ante el reto de la convivencia. Barcelona: GEDISA, 1998.
- DAMIÁN MORENO, Juan. ¿Un Derecho procesal de enemigos? M. Cancio Meliá y Gómez, C. Gómez-Jara Díez, (Coords.). *El derecho penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. I, 2006, pp. 457-472.
- D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A. "La Corte Penal Internacional y el principio de soberanía". En: *Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario*, La Habana, 2000, pp. 1-5.
- D'ESTÉFANO PISANI, Miguel A. *Breve historia del Derecho Internacional*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 2003.
- DE GAULEJAC, Vincent. *Las fuentes de la vergüenza*. Buenos Aires: Marmol Izquierdo, 2008.
- DE GUCHTENEIRE, Gush y PECOUD, Antoine. "Migración sin Fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas". En *Migraciones Internacionales*, vol. 3, nº 2, 2005, pp. 137-166.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luís. *Justicia penal y derechos humanos*. México: Porrúa, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal". Fernando Pérez Álvarez, (ed), En: *Universitas vitae*. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Universidad de Salamanca: Aquilafuente, 121, 2007, pp. 179-196.

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad", en Manuel Cancio Melia y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer/BdeF, vol. I, 2006, pp. 473-510.
- DELIBES, Miguel. *Cinco horas con Mario*. Barcelona: Destino libro, 144, 1966.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Serie Ensayos Jurídicos, nº 1, UNAM, 2002.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Tauros, 1991.
- DIAZ, Ingrid. "La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno". *En Temas de derecho penal y derechos humanos*. Víctor Manuel Quintero (Ed-Coord). Perú: Instituto de Democracia y derechos humanos. Marzo de 2012. pp. 141-180.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI". *Política criminal*, 5, 2008, p. 1-37. [En línea]. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf>.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, pp. 1-37. [En línea]. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. 2005>.
- DUARTE QUEVEDO, Jaime Arturo. "¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?" En *Revista Hechos del Callejón*. PNUD-Colombia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Año 5, nº 43, 2009, pp. 8-11.
- DUNCAN, GUSTAVO. "Del campo a la ciudad en Colombia. La infiltración urbana de los señores de la guerra". *Centro de Estudios sobre Desarrollo*

Económico, Universidad de los Andes, 2005, pp. 1-74. Disponible en: <http://indh.pnud.org.co/files/rec/expnduncan_senores_guerra.pdf>.

ELSNER Gisela. (Presentación). Kai Ambos; Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (ed.). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Con contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Montevideo: Konrad Adenauer stiftung, 2007.

ENNIS, José. "Aportes para una dogmática de la determinación de la pena". *ANALES*, nº 42., U.N.L.P. 2012, pp. 215-228.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. "Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad". En García Adrian, M. López Garrido, D. (Coords). *Crimen internacional y jurisdicción Universal: El caso Pinochet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 257-264.

ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad*. Hacia la paz por la justicia. Madrid: Dilex, 2004.

ESPINO TAPIA, Diana; ALFARO VILLAREAL, Abraham. "Nuevas perspectivas de protección internacional de los derechos humanos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Rafael Enrique Aguilar Portales (coord.). *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: UNAM, serie estudios jurídicos, nº. 180. 2011, pp. 203-256.

ESPINOSA MAESTRE, Francisco. *Callar al mensajero. La represión franquista*. Entre la libertad de información y el derecho al honor. Barcelona: península, 2009.

ESPINOSA MAESTRE, Francisco. "Julio de 1936. Golpe militar y plan de exterminio". En: *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*. Barcelona: Crítica, 2002, pp. 97-108.

ETCHEBERRY, Alfredo. CÁRDENAS, Claudia. "La Corte Penal Internacional: abriendo caminos". Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2012, pp. 95-102. [En línea]. Disponible en: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11520/11879>>.

- EXNER, Franz: *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*. Juan del Rosal, (trad.), Barcelona: Bosch, 1946.
- FACIOLINCE, Héctor Abad. *El olvido que seremos*. Bogotá: Planeta, 13ª ed, 2006.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). 2004.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. "Derecho internacional, impunidad, y responsabilidad del Estado". En *Nueva sociedad, Memoria Impunidad y Derechos humanos*, nº 161, 1999, pp. 1-17.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "El derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho". M. Cancio Meliá y Gómez, C. Gómez-Jara Díez, (Coords.). *El derecho penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. I, 2006, pp. 799-844.
- FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria. "El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión ¿fin a la impunidad por el uso ilegal de la fuerza?". María da Assunção Vale Pereira y otros (Coords.). En *Conflictos armados, gestión postconflicto y reconstrucción*. Santiago de Compostela: Andavira Editores, 2011, pp. 625-646.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos. *Terrorismo y derechos humanos: Una aproximación desde el derecho internacional*. Fundación Víctimas del Terrorismo. Madrid: Dickinson, 2005.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia. "Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad". Department of International Legal. Affair Organization of American State. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>>.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia. "La creación de la Corte Penal Internacional". *Relaciones Internacionales*, nº 19, 2000, pp. 85-96. Recuperado en <http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R19/ri19-efernandez.pdf>.
- FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional: Soberanía versus justicia Universal*. Bogotá: Temis, 2008.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eugenio. "Extranjeros en medio de nosotros: lógica de la exclusión y del reconocimiento". *Logos: Anales del seminario de metafísica*, nº 32, Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 99-120.

FERNÁNDEZ VICIEDO, Yuri. "Efectividad de la Corte Penal Internacional. Limitaciones normativas". En: *V Seminario-Taller Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario*, La Habana, Cuba. 13 al 15 de noviembre, 2007. [En línea]. Recuperado en: <<http://www.monografias.com/trabajos56/corte-penal-internacional/corte-penal-internacional2.shtml>>. [fecha de consulta agosto 21 de 2012].

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Miguel Carllonell, (trad.), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 115, 2006, pp. 301-316.

_____. "El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho". *Jueces para la democracia*, 2006, nº. 57, p. 3-10

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, (trad.), Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed), Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRER, Aldo. "Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global". En *Revista CEPAL*, 101, 2010, pp. 7-15.

FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Antonio Soto y Hernández (trad.), Tomo I, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004.

FESTINGER, León. "La teoría de la disonancia cognoscitiva (extracto por A. Ovejero)". *Psicothema*, vol. 5, 1993, pp. 201-206.

FINOCCHIARO, Alejandro. "1946-2006. A sesenta años de Nüremberg ¿Qué aprendimos?". En: *Nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, nº 28, 2007, pp. 173-178.

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo*. Alfredo Tzveibel, (Trad). Prólogo de Tomás Abraham. La Plata: Altamira Ed, p. 1992.

_____. *Los anormales*. Horacio. Pons, (Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *El Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France: (1978-1979). Horacio Pons (Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

_____. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Aurelio Garzón del Camino, (Trad.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

_____. *Crítica y Aufklärung, "¿Qu'est-ce que la Critique?"*. Traducción de Jorge Dávila. [En línea] En *Revista de Filosofía-ULA*, 8, 1995, pp. 1-18. Visto en: <<http://es.scribd.com/doc/59548986/Foucault-Que-Es-La-Critica>>.

FUENTES TORRIJO, Ximena. "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional". *Estudios Internacionales*, nº. 169, Universidad de Chile. 2011, pp. 119-140. [En línea]. Visto en: <<http://www.revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/19414/20543>>.

FROMMEL, Monika. *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus. La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*. Francisco Muñoz Conde, (Trad.), Publicado en *Recht und rechtslehre im Dritten Reich, Ringvorlesung der Universität Kiel*, 1990, pp. 44-62.

GAITÁN DAZA, Fernando. "Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia". En Malcolm Deas y Fernando Gaitán. *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*, Bogotá: FONADE, Departamento Nacional de Planeación y Tercer Mundo Editores, 1995, pp. 87-417.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993.

GARCÍA BORREGO, Iñaki. "Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de "la segunda generación". En *Anduli: Revista andaluza de ciencias sociales*, nº. 3, 2003, pp. 27-46.

GARCÍA INDA, Andrés. "Los derechos de Robinson: Algunas reflexiones entorno a derechos y responsabilidades". En *Conceptos para pensar el Siglo XXI*. García Inda, Andrés y Marcuello Servós, Carmen (Coords). Madrid: Catarata, 2008, pp. 7-24.

- GARCIA SAN JOSÉ, Daniel. *El derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008.
- GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2005.
- GALLARDO, Helio. "Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana". En *Revista derechos humanos y estudios sociales*, (Redhes), nº 4, 2010, pp. 57-81.
- GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. David Sánchez Rubio (ed.), Murcia, 2008.
- GALLO COBIAN, Virginia, et al. En "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones peligrosas". Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, [En línea]. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>>.
- GARCÍA-ESTELLER, Maresca M. "Antes de leviatán: las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley". Guillermo Portilla Contreras, (Coord.). *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 87-118.
- GARCÍA GARCÍA, Juan. "Los prejuicios del internacionalismo: Espacio, modernidad y ambivalencia". En *REIS*, nº 71-72, 1995, pp. 201-224.
- GARCÍA, Natalia. LARA, Rafael. "Con Lampedusa de fondo, Marruecos reprime la solidaridad". [En línea]. Disponible en: <http://www.eldiario.es/andalucia/APDHA/Lampedusa-fondo-Marruecos-reprime-solidaridad_6_183441666.html>. [Fecha de consulta 11 de octubre de 2013].
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. En reseña de: *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*. Laudatio de JAKOBS, Günther y Polaino Navarrete, Miguel. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 125, 2009, pp. 1065-1073.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Reformismo introvertido, las transformaciones de la justicia en Colombia. Durante los últimos 30 años". En Francisco Leal

- Buitrago ed. *En la encrucijada: Colombia en el Siglo XXI*. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2006, pp. 451-470.
- GIL ARAUJO, Sandra. "Las migraciones en las políticas de fortaleza. Sobre las múltiples fronteras de la Europa comunitaria". Héctor Díaz-Polanco, (Dir.). En *Memoria. Fronteras de la migración. Revista de política y cultura*, nº. 168. Centro de Estudios del Movimiento Obrero y Socialista, A.C., 2003, pp. 12-22.
- GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Prólogo de José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 1999.
- GIORGI, Alessandro de. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. José Brandariz García, y Hernán Bouvier, (trads.), Madrid: Traficante de sueños, 2006.
- GIUNTA, Fausto. "¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos". Luís Arroyo Zapatero, y otros (Coords.), *En Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de Siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 173-190.
- GOLDENSOHN León. *Las entrevistas de Nüremberg*. Edición e introducción: Robert Gellately. Madrid: Taurus, 2005.
- GONZÁLES CAMPOS, Julio y SAENZ DE SANTA MARÍA. Paz Andrés. *Legislación básica de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, actualizada 2007.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo". *Revista penal*, 2009, nº. 19, pp. 52-69.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier. "¿Misión imposible? La competencia de la Corte Penal Internacional para enjuiciar los crímenes cometidos en el curso de las acciones israelíes sobre Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)". Carmen Pérez y González Rafael, (ed.), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Madrid: Thomson Reuters, 2009.
- GOYTISOLO, Juan Vallet. *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus, 1968.

- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo. “*Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional*”. *Hacia una justicia internacional*: XXI Jornadas de Estudio, Madrid, 9 a 11 de junio de 1999, pp. 557-602.
- GUISASOLA LERMA, Cristina. “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 201-218.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- _____. “¿Qué es modernización del derecho penal?” En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir., Luis Ripollés Díez y otros (Ed.) Madrid: Tecnos, 2002, pp. 349-394.
- _____. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo””. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 07-02, 2005, pp. 1-43. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>.
- GRADO, Mercedes de. “Representación de género franquista en las Trece Rosas de Emilio Martínez. ¿“Lugar de memoria” o banalización de la lucha política de las mujeres republicanas?”. En *Revista Creatividad y Sociedad*, nº. 15, 2010, pp. 1-29. [En línea]. Disponible en: <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/15/creatividadysociedad_Las%20Trece%20Rosas.pdf>.
- GRAMAJO, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Ábuco, 1998.
- GROSSO GARCÍA, Manuel. “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”. M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez, (coords.). En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., 2006, pp. 1-50.

GUERRERO PERRALTA, Oscar. "Bases jurídico-políticas del procedimiento penal". Julio B. J. Maier, Kai Ambos, Jan Woischnik (Coords.), *En las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, pp. 197- 267.

GUTIÉRREZ, Francisco y Barón Mauricio. "Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia. Notas para una economía política del paramilitarismo, 1978-2004". Francisco Gutiérrez Sanín, María Emma Wills, Gonzalo Sánchez. (Eds.). *Nuestra guerra sin nombre transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma, 2005, pp. 267-309.

HABERMAS, Jürgen. "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". Juan Luis Fuentes Osorio, (Trad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.

HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. M. Ontiveros Alonso, (trad.). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HASSEMER, Winfried. "La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo". Francisco Muñoz Conde, (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 21-118.

HEATH, Joseph y POTTER, Andrew. *Rebelarse vende. El negocio de la contracultura*. Gabriela Bustelo (trad.). Bogotá: Taurus, 2005.

HENAO CARDONA, Luis. "¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?" *Estudios Socio-Jurídicos*, [en línea]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360216>>. [Fecha de consulta: julio 22 de 2012].

HERNÁNDEZ, Alcides. *Globalización sin pobreza: una propuesta de integración para el desarrollo*. Tegucigalpa: Guymuras., 1era de, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso cultural*. Materiales para la creatividad humana, Sevilla: Aconcagua Libros, 2005.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

_____. *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwe, 2000.

_____. *La reinención de los derechos humanos*. Valencia: Atrapasueños, 2008.

_____. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Cuadernos de Derechos Humanos, nº. 33. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

_____. *O nome do riso. Breve tratado sobre arte y dignidad*. Traducción de Nilo Kaway Jr. Cesusca e a Bernúncia Editora, 2007.

_____. "La riqueza humana como criterio de valor". *Crítica jurídica*, nº. 21, 2002, pp. 67-81.

HERZOG, Feliz. "Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo". Luís Arroyo Zapatero y otros, (Coords.), *Perspectivas más allá del derecho penal*. En *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*. Cuenca: Colección estudios nº. 91, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 249-258.

HINKELAMMERT, Franz. "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke". En *Revista pasos*, nº 85, 1999. Disponible en: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/16032009/filosofia01.pdf>>.

HOBBSAWM, Eric. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Crítica, Grijalbo Mondadori, 1998.

HORVITZ L. María Inés. "Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros". *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, nº 16, 2012, pp. 99-118.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. A. Murena. D.J. Vogelmann (trad). Buenos Aires: Centro de Estudios Miguel Enriquez, 1973.

HOYOS MUÑOZ, José. *Apuntes sencillos sobre derecho internacional público*. Medellín: señal editora, 1998.

HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Prólogo de Juan Bustos Ramírez, Barcelona: Ariel, 1984.

HUNTINGTON, Samuel. "La superpotencia solitaria". *Este País*, nº. 98, 1999, pp. 1-11.

HUNTINGTON, Samuel. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. José Pedro Tosaus Abadía, (Trad). Buenos Aires: Paidós, 2001.

HURTADO, Mónica. "Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el frente nacional de 1957 y la constituyente de 1991". *Revista de Estudios Sociales*, 23, 2006, pp. 97-104.

IHERING Rudolf von. *El Fin en el derecho*. José Monereo Pérez, (Dir.), Granada: Comares, 2011, XIII.

ITABORAHY, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*. Informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), 2012. [En línea] Disponible en: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2012.pdf.

International Peace Observatory. Los "Falsos positivos" son crímenes de Estado. Disponible en: <<http://www.peaceobservatory.org/es/1056313292/los-falsos-positivos-son-crmenes-de-estado>>.

JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Alex Van Weezel (trad.). Navarra: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther y MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal del Enemigo*. Navarra: Cuadernos- Civitas, 1ª/2ª, edición, 2003/2006.

JAKOBS, Günter y STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Homenaje a Hans Weixel. Prólogo de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, (trads.). Madrid: Cuadernos-Civitas, 2006.

- _____. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”. M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez, (Coords.). *En Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, p. 93-116.
- _____. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- _____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- _____. *La pena estatal: significado y finalidad*. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, (trad.), Navarra: Civitas, 2006.
- _____. *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: Editorial ARA, Lima, 2005.
- _____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, (trad.), Madrid: Civitas, 2003.
- _____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- _____. *Manual de derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, (trad.), Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Traducción de José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, Tomo II., 1950.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, Tomo II. 1950.
- _____. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*. Madrid: Reus, 1920.

- JUSTE RUÍZ, José. et. al. *Lecciones de derecho internacional público*. 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia. 2011.
- KALYVAS, Stathis. ARJONA Ana. "Paramilitarismo una perspectiva teórica". Alfredo Rangel (ed.). En *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta, 2005, pp. 25-45.
- KLEIN, Naomi *la doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Isabel Fuentes García, Albino Santos, y otros, (Trad). Barcelona: Paidós, 2008.
- KLIKSBURG, Bernardo. *Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina. Algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social*. Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, (FIIAPP), 2007.
- KYMLICKA, Will. *Politics in the Vernacular: Nationalism, multiculturalism and citizenship.*, Oxford University, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo derecho penal*. Prólogo de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant monografías. 2009.
- LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Monografías jurídicas. Bogotá: Temis, 2da ed, 1997.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. En *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002.
- LEE, Roy S. *The international criminal Court, Elements of crime and rules of procedure and evidence*, Roy Lee, Hakan Friman. (ed.), Transnational publisher incorporated, 2001.
- LEAL MEDINA, Julio. *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*. Navarra: Thomson, Aranzadi, 2008.
- LEVI, Primo. *Si esto es un hombre*. Pilar Gómez Bedate (trad). Barcelona: Personalia de Muchnick Editores, 2002.
- LEVI, Primo. *Los hundidos y los salvados*. Pilar Gómez Bedate, (trad.), Barcelona: Personalia de Muchnick Editores, 1986.

- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes tópicos*. Prólogo de Manuel Delgado Ruiz, Barcelona: Paidós, 1988.
- LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Prólogo de Manuel de Rivacoba. Valparaíso: EDEVAL, 1984.
- LIBERMAN, Arnoldo. "El mandato de la memoria". En *Nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, Nº 28, 2007, pp.153-164.
- LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MATINEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad*. Madrid: Ariel, 2001.
- LOMBROSO, Cesare. *Los criminales*. Barcelona: Centro Editorial Presa (Trad). 1930.
- LOPEZ, MARTÍN, Ana. Et, al. *Temas de derecho Internacional Público. Adaptados al espacio europeo de educación superior*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, 2011.
- LÓPEZ LÓPEZ, José Luís. "Pensar el otro, vivir con el otro". José L. Romero y Antonio Camacho, (dirs.). En *Política migratoria y educación social*. Universidad de Sevilla, 2002, pp. 65-70.
- LORA-GARCÉS. Marta Cecilia. Tesis doctoral. *La representación de la violencia política, en tres novelas colombianas de la segunda mitad del siglo XX*. Universidad del Valle, Cali, 2011.
- LOTMAN, Yuri. *Cultura y explosión: Lo previsible y lo imprevisible en los procesos de cambio social*. Prologo de Jorge Lozano. Barcelona: Gedisa, 1999.
- LOWENTHAL, David. *El pasado es un país extraño*. Madrid: Akal, 1998.
- LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. "Nuevas estrategias de estigmatización. El derecho, frente a los inmigrantes". Guillermo Portilla Contreras (Coord.). En *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 205-218.
- _____. "Razones de la exclusión. ¿Qué derechos para los extranjeros?". *Jueces para la democracia*, nº 18, 1993, pp. 35-43.

_____. “Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración”. María Rodríguez Mesa y Luíz Ruíz Rodríguez, (Coords.). En: *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*. Valencia: Tirant Monografías, 2006, pp. 15-38.

_____. “La inmigración, como res política”. En *Cuaderno Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 2004, pp. 1-44.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Javier Torres Nafarrate (trad), México: Editorial Herder, 2005.

MAISO, Jordi. “Actualidad de la teoría crítica”. En *Revista de teoría crítica*, nº. 1, 2009, pp. 160-166.

MANCERA ESPINOSA, Miguel. “¿Derecho penal del enemigo en México?”. En: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Cultura y sistemas jurídicos Comparados*. Sergio García Ramírez y Olga Islas de Gonzáles (Coords). Séptimas jornadas penales. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007, pp. 585-608.

MALARINO, Ezequiel. “Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana”. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (eds.). En *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005, pp. 489-512.

MARAÑÓN PIMENTEL, Boris. *Buen Vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*. Boris Marañón Pimentel, (coord.). México.: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014.

MARTÍN POLOMO, María Teresa. Et al. *Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión.*, María T. Martín Polomo, María Jesús Mirando, Cristina Vega, (edits). Madrid: Instituto de Investigaciones Feminista, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

MARÍN CASTÁN, Fernando. “La piratería como crimen internacional”. José Rodríguez Villasante y Prieto (Coord.). En *La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Instituto

- Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa, Cuadernos de estrategia nº. 160, 2013, pp. 119-164.
- MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco. “El terrorismo: la violencia sin rostro”. *Revista CENIPEC*, nº. 31, 2012, pp. 155-168.
- MATTELART, Armand. *Un Mundo vigilado*. Barcelona: Paidós, 2009.
- MAZZACUVA, Nicola. “El futuro del derecho penal”. *En crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Luís Arroyo Zapatero, y otros (Coords). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 231-240.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. Et al. *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. Berlín: Konrad Adenauer, 2009.
- MEDINA GALLEGO, Carlos. “La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación”. En revista: *Análisis político*, nº 53, Bogotá, 2005, pp. 77-87.
- MEDINA, Juan. *Public Criminology? De Ian Loader y Richard Sparks*. Por una criminología al servicio de la democracia. En *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 9, 2011, pp. 1-7.
- MEDINA, Medófilo y SÁNCHEZ Efraín. *Tiempos de paz, acuerdos en Colombia, 1902-1994. El proceso de paz de Belisario Betancur*. Bogotá: Alcaldía Mayor, 2003.
- MIKE, Davis. *Ciudad al cuarzo. Arqueología del futuro en los Ángeles*. Rafael Reig (Trad). Madrid: Ediciones lengua de Trapo, 2003.
- MIKE, Davis. *Más allá de Blade Runner. Control urbano: ecología del miedo*. Barcelona: VIRUS, 2001.
- MIR CURCÓ, Conxita. “El estudio de la represión franquista: una cuestión sin agotar”, *Ayer*, 43 2001, pp. 11-35.
- MIZRAHI, Esteban. *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo: conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza, 2012.

- MOCCIA, Sergio. "Seguridad y sistema penal". Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, (coords.). En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, pp. 299-320.
- MODELELL GONZÁLES, Juan Luis. "El derecho penal del enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación". Cancio Meliá, M. y Gómez, Jara Díez, C. (Coodrs.), en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, Vol. 2. 2006, pp. 321-338.
- MONEDERO, Juan. *El gobierno de las palabras*. Crítica y reconstrucción de la política. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, 2007.
- MONDERO, Juan. *Disfraces del leviatán. El papel del Estado en la globalización neoliberal*. Caracas: Centro Internacional Miranda, 2008.
- MONTOYA BRAND, Mario. "Declaratoria de la emergencia global y el perfil del gobierno de Uribe: Algunas reflexiones". *Diálogos de derecho y política*. Revista Electrónica de Derecho y Ciencias Políticas, 1 (3), 2010, pp. 1-28. en: <<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/5144/4505>>.
- MONTOYA PINO, Felipe. "La Operación Fuerza Aliada vista desde los principios básicos del *jus in bello*". En *EAFIT Journal of International Law.*, Vol. 1, 02, 2010, pp. 45-58.
- MORA, Miguel. Entrevista a Laurence Rees. "Auschwitz no fue la obra de un loco". Madrid: *El País-Cultura*, marzo 17 de 2005.
- MOREILLON, Jacques. "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos". José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.). En *el derecho internacional humanitario ante los retos de lo* Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 15-30.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Claves del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- _____. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad". Díez Ripollés, José y otros (ed). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 487-510.

_____. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo. Claves del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi., 2008.

_____. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo". M. Cancio Meliá y Gómez, C. Jara-Díez, (Coords.). *En el derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2, 2006, p. 360.

_____. Nuevo Derecho penal autoritario. *Nuevo foro penal*, 2003, nº. 66, pp. 15-41.

_____. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ, María Isabel de. *La Corte Penal Internacional un largo camino*. Manuel Jaén, y otros (Coords). Cuadernos "Luís Jiménez de Asúa". Madrid: Dykinson, 2008.

MUÑOZ LORENTE, José. La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2da Época, nº extraordinario 2, 2004, pp. 401-482.

NAÏR, Samir. "Morir en Lampedusa". *El país*, sábado 5 de octubre de 2013.

NAÏR, Samir. *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*. Barcelona: Circulo de lectores, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. María Victoria Rodil (Trad). Madrid: Katz, 2010.

OLÁSULO, Héctor. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?* Especial referencia a la fiscalía en el proceso de actuación. Valencia: Tirant, Monografías, 2003.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. ROJO Enrique Carnero. *Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia*. Héctor Olásulo, Alonso Salvador Cuenca (Coords.), En Perspectiva Iberoamericana Sobre la Justicia Penal Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch 2012, pp. 51-74.

OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid: La ley/temas, Universidad de Nebrija, 2008.

ORDAZ, Pablo. "Solo los muertos pueden quedarse". *Diario el país*. [En línea]. <http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/05/actualidad/1380999528_613934.html>. [Consultado el 6 de octubre de 2013].

Organización de Naciones Unidas. *Compilación de Derecho Penal Internacional*. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 1era ed, 2003.

ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto. "Los juicios de Nüremberg 60 años después". México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, pp. 35-53. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/2/art/art2.pdf>>.

PALACIOS CRUZ, Víctor. "El amor al mundo en tiempos de oscuridad. Un siglo de Hannah Arendt, una pensadora secular". En *Thémata, Revista de Filosofía*. nº 38, 2007, pp. 77-89. [En línea]. Disponible en: <<http://institucional.us.es/revistas/themata/38/art5.pdf>>. [Consultado septiembre 21 de 2013].

PALACIOS VALENCIA, Yennesit. "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional". En *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Jurídicos, San José: Universidad Nacional, vol. 21, 2010, pp. 19-33.

PALACIOS VALENCIA, Yennesit. "Derecho penal y castigo. Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo". En *Díkaion*, Universidad de la Sabana, Año 27 - Vol. 22, 2013, pp. 131-157.

PALACIOS VALENCIA, Yennesit. "Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado colombiano". En *Revista Facultad de*

Derecho y Ciencias Políticas, vol. 43 n.º.118, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, pp. 273-308.

PALAZZO, Francesco. "Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal". Adán Nieto Martín (Coord.). En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad Salamanca, 2001, pp. 433-442.

PANTOJA DURAN, David. *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de investigaciones jurídicas, (ed), 1973.

PAPACCHINI, Ángelo. *Filosofía y derechos humanos*. Colección Artes y Humanidades. Cali: Universidad del Valle, 2003.

PARMA, Carlos. MANGIAFICO, David. *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución. El cadáver insepulto de Lombroso. Reexaminando el derecho penal*. Aconcagua: Universidad del Aconcagua, 2009.

PASTOR, Daniel. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional". Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. 2, 2006. pp. 475-522.

_____. *El poder penal internacional. Una aproximación crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.

_____. "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos". En *Nueva Doctrina Penal*, 2005, pp. 73-114. [En línea]. Disponible en: <http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/52583/mod_resource/content/1/Pastor%5B1%5D.pdf>.

PASTOR, Daniel R. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. M. Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. 2, 2006, pp. 475-522.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. El hecho: ¿Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro de

- peligro. M. Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/BdeF, vol. 2., 2006, pp. 523-548.
- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2006.
- PATIÑO ARISTIZÁBAL, Luis Guillermo. GARCÍA RAMÍREZ, Juan David. "Occidente frente al terrorismo internacional". En *Analecta política*, Vol. 1, nº. 2, 2012, pp. 257-272.
- PAZ-MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. ¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia? *Papel Político*, 2010, vol. 15, nº. 1, pp. 309-323.
- PEGORARO, Juan. "El Control Social como custodio del orden social: selectividad e impunidad de los poderosos". César Barreira, y otros (Coords). En *Conflictos sociales, luchas sociales y políticas de seguridad ciudadana*. Universidad Autónoma del Estado de México, 1a edición, 2013, pp. 21-38.
- PERRY, Anderson. "El papel de las ideas en la construcción de alternativas" En *Nueva Hegemonía Mundial. Alternativas de cambio y movimientos sociales*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "La paz perpetua" a través del derecho penal internacional: un derecho global para "enemigos". Gonzalo A. Ramírez Cleves, (ed.). En *El derecho en el contexto de la Globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid: Iustel, 2007.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. "Jurisdicción universal y enjuiciamiento por crímenes de guerra: ¿Qué obligaciones impone el derecho internacional público?" Carmen Pérez y González Rafael, (ed.), *En la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Madrid: Thomson Reuters, 2009.

- PÉREZ PINSON, Álvaro. *La perspectiva abolicionista*. Bogotá: Temis, 1989.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge. “La explicación biológica de la criminalidad: su aportación a la criminología y su insuficiencia como teoría”. En *Derecho y cambio social*, nº 12, año IV, 2007/8, pp. 1-11. Visto en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/criminologia%20y%20biologia.htm#_ftnref14>.
- PIERRE MATUS, Jean. *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*. Colección: Justicia penal. Barcelona: Atelier, libros jurídicos, 2003.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Prologo de Günther Jakobs., Barcelona: BOSCH, 2009.
- POLO, Higinio. “Kosovo: el silencio es un crimen de guerra”. En el *Viejo Topo*, nº 280, 2011, pp. 28-35. [En línea]. Recuperado en: <<http://www.rebellion.org/docs/129437.pdf>>.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo”. *Jueces para la democracia*, nº. 49, pp. 43-50.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Leviatán*. Guillermo Portilla Contreras (coord.), Madrid: Akal, 2005, pp. 57-85.
- PRESTON, Paul. *El holocausto español. Odio y exterminio en el Guerra Civil y después*. Catalina Martínez Muñoz y Eugenia Vázquez Nacarino, (trad.), Barcelona: Debate ed, 2011.
- PRIETO SANJUÁN, Rafael A. *Internacionalización de la Jurisdicción Penal*. Estudios de Derecho Internacional. Medellín: Dike, 2005.
- PRIMO LEVI. *Los hundidos y los salvados*. Personalia de Muchnick Editores, 1986.

PRIMO LEVI. *La tregua*, Turín: Einaudi, 1963.

PRINZ, Alois, *La filosofía como profesión o el amor al mundo. La vida de Hannah Arendt*, Barcelona: Editorial Herder, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. "Sociedad del riesgo y derecho penal". En *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*. Luís Arroyo Zapatero y otros, (Coords). Cuenca: Colección estudios, Universidad Castilla la Mancha, 2003, pp. 259-288.

QUESADA ALCALÁ, Carmen. *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia: Tirant monografías, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional Penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

RAFECAS, Daniel E. "El derecho penal frente al holocausto. A propósito de unas obras recientes de Francisco Muñoz Conde y de Enzo Traverso". [En línea]. Universidad de Buenos Aires: Cátedra Hendler. Disponible en <http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=6>.

RANCIÈRE, Jacques. "Sobre la importancia de la Teoría Crítica para los movimientos sociales actuales". En *Estudios Visuales*, nº. 7, 2010, pp. 82-90.

RANGEL, Alfredo. Prólogo. "¿Adónde van los paramilitares?". Alfredo Rangel (ed.). *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta, 2005, pp. 11-23.

REES, Laurence. *Auschwitz. Los nazis y la solución final*. David León y Luís Noriega, (trad.), Barcelona, Critica, 2005.

REISINGER CORACINI, Astrid. ¿Qué fue realmente acordado en Kampala sobre el crimen de Agresión? [En línea]. Disponible en: <<http://leypenalinternacional.blogspot.com.es/2010/07/que-fue-realmente-acordado-en-kampala.html>>. [Fecha de consulta septiembre 21 de 2012].

REMIRO BROTONS, A. "Crímenes y Tribunales Internacionales". En *política exterior*, núm. 115, 2007, pp. 141-150.

- RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo. "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes". En *La ley*, Revista Universitaria, Año V, nº. 3, 2003, pp. 1-8.
- ROA LLAMAZARES, César. *La República de Weimar. Manual para destruir una democracia*. Madrid: Catarata, 2010.
- RODRIGO, Javier. "España era una patria enferma. La violencia de la Guerra Civil y su legitimación en la extrema derecha española: entre historia, representación y revisionismo". Javier Rodrigo y Miguel Ángel Ruiz Carnicer (coords.) *Guerra Civil, las representaciones de la violencia*. En *Revista de historia Jerónimo Zurita*, nº 84, 2009, pp. 189-230.
- RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo. *Tratados internacionales sobre derechos humanos*. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2005.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro. *Constitución y Derecho penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*. Caracas: Ediciones Líber, 2001.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José. "Hitos y experiencias de la justicia penal internacional". En *Hacia Justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*, Madrid: Civitas, 2000, pp. 287-314.
- RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, José. "Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". En *Revista Española de derecho militar*, nº. 75, 2000, pp. 381-440.
- ROJAS, Carlos. *La violencia llamada "Limpieza social"*. Bogotá: CINEP, 1994.
- ROPERA CARRASCO, Julia. "La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el derecho penal: más allá de los crímenes internacionales". Antonio Rafael Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García, (coords). En *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 261-282.
- ROXIN, Claus. *Fundamentos jurídicos criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- ROXIN, Claus. *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

- RUBIO-MANZANARES, Ignacio Jaime. La representación del “enemigo” como fundamento de la justicia penal del “nuevo estado” (1939-1940). Rebeca Saavedra Arias y otros, (coords.). *Nuevos horizontes del pasado: Culturas políticas, identidades y formas de representación*. Cantabria: Universidad de Cantabria, 2011.
- RUIZ, Adriana María; MESA, Jaime Andrés. “Consideraciones sobre el enemigo público en Colombia: 1998-2009”. *Boletín de Antropología*, 2013, vol. 28, nº pp. 40-61.
- RÚPEREZ MATE, Manuel Reyes. “Hannah Arendt y los Derechos Humanos”. *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*; CLXXXVI, nº. 742, 2010, pp. 241-243.
- SAAD Hamid. “Guerra y sanciones a Iraq. Naciones Unidas y el 'nuevo orden mundial' Valoración legal de las sanciones de NNUU sobre Iraq. [En línea] Recuperado en: <http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html>.
- SAGÜES, Néstor Pedro. “Derechos y contraderechos”. A propósito de la violencia urbana. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2004, pp. 457-458.
- SALCEDO CARRILLO, Juan. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales”. En *derecho internacional y derechos humanos*. Bardonnet D. Cançado Trindade Â, (eds). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos,. 1era ed, 1996, pp. 97-140.
- SAN FRANCISCO, Matilde. “Represión, restricción, manipulación: estrategias para la ordenación de la sociedad y del estado”. En: *Hispania Nova*. Revista de Historia Contemporánea, nº 6, 2006, pp. 1-26.
- SÁNCHEZ, Joan. *Corte Interamericana, crímenes contra la humanidad y construcción de la paz en Suramérica*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010.
- SANCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: Tirant monografías 301. 2004.
- SÁNCHEZ RECIO, Glicerio. “Inmovilismo y adaptación política del régimen franquista”. Roque Moreno Fonseret y Francisco Sevillano Calero (eds.), *El franquismo visiones y balances*, Universidad de Alicante, 1999, pp. 8-34.

SANTIBAÑEZ GRUBER, Rosa y OÑATE, Maiztegui. *Inmigración: Miradas y reflejos*. Historias, identidades y claves de intervención social. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

SASSEN, Saskia. *Una sociología de la globalización*. María Victoria Rodil, (Trad.). Buenos Aires: Katz, 2007.

_____. *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de sueños, 2003.

_____. “La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas”. RIFP, nº 27, 2006, pp. 19-39.

_____. *Los espectros de la globalización*. Irene Merzari, (trad.), Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Rafael Agapito (trad.), Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SCHULMAN, Daniel. “Acerca de la inversión en educación como herramienta de la estrategia de prevención social del delito”. *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, Año 5, vol. X, 2013, pp. 1-8. Disponible en: <http://somecrimnl.es.tl/Vol-.-X-enero_julio-2013.htm>.

SCOTT, JAMES C. *Los dominados y el arte de la resistencia*. Discursos ocultos. México. DF: Era ed, 2000.

SCOTT, James C. “Detrás de la historia oficial”. En *Fractal*, nº. 16, año 4, vol. V, 2000, pp. 69-92.

SEMBRAR. *Colombia: Violencia y derechos humanos. La única opción es luchar por la vida*. L. Nieto Pereira, (Coord.). 2005. [En línea]. Recuperado de [http://www.revistapueblos.org/old/IMG/pdf_Cuaderno_ColombiaDDHH.pdf].

SERRANO-PIEDECASAS, José. “Los delitos contra los derechos de los ciudadano extranjeros”. Lorenzo Copello, P. (Coord.). En *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant Monografías, 2002, pp. 314-340.

SERRANO-PIEDECASAS, José. *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona: PPU,

1988.

SEVILLANO CALERO, Francisco. *Exterminio. El terror con Franco*. Madrid: Oberon, 2004.

SEVILLANO CALERO, Francisco. *Rojos. La representación del enemigo en la Guerra Civil*. Madrid: Alianza, 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

_____. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. Luís Arroyo Zapatero, Ignacio B. Gómez de la Torre, (Dir.). *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001, pp. 699-710.

_____. “Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del *status personae*”. En M. Cancio & D. Jara (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Madrid: Edisofer/Libros Jurídicos, 2006, pp. 985-1100.

SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Valerio Buenos Aires: Abeledo, 1929.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tea, 1988.

SORRENTINO, Vincenzo. “Amor *mundi* y política en Hannah Arendt”. *Revista Laguna*, nº. 25, 2009, pp. 19-30. [En línea]. Disponible en: <<http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20LAGUNA/25%20%202009/02%20Sorrentino.pdf>>. [Consultado agosto de 2013].

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”. *REJ*, 2010, pp. 231-262.

- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan. "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa". *Nuevo Foro Penal*, n°. 71, 2007, pp. 13-66.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan. "Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal". En *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12, 2010, p. 239.
- STUCKI, Andreas. et, al. "Recuerdo y olvido en la España contemporánea. Nuevos planteamientos historiográficos y de crítica literaria: textos y contextos". *Pensamiento y cultura*, vol. 8, n°. 1 (Ed. No. 8), 2005, pp. 137-155. [En línea] 2005. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70180109>>.
- STEENBERGEN, Marieke. *La imagen de las FARC en la prensa internacional. Un análisis de NRC Handelsblad, The New York Times y El País durante el período 1998-2004*. Departamento de Lengua y Cultura Hispánica. Universidad de Utrecht, 2006, en: <http://igitur-archive.library.uu.nl/student-theses/2006-0324_083653/scriptie%20Marieke%20Steenbergen.pdf>.
- SUBIRATS, Joan. Et, al. *¿Políticas del Castigo? Análisis Comparativo del discurso de política penitenciaria en: Dinamarca, Francia, Inglaterra y Gales, y Canadá*. Generalitat de Catalunya: Departamento de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2009.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo. "Los derechos del consumidor como derechos humanos". Agustín Gordillo, (coord.). En *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007, VII, pp. 1-14.
- TAYLOR, WALTON, YOUNG. *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1997.
- TOURIÑO, Marcelo. "La Corte Penal Internacional y los desafíos que la acechan. Un estudio crítico de su actuación a diez años de su puesta en funcionamiento". Nicolás Boeglin; Julia Hoffmann y Juan Carlos Sainz-Borgo (ed.). En: *La Corte Penal Internacional una perspectiva latinoamericana*. San José, C.R.: Upeace University Press, 2012, pp. 355-383.
- TRAVERSO, Enzo. "El totalitarismo. Uso y abusos en un concepto". Forcadell Álvarez, Carlos y Alcutén, Alberto (coords.), *Las Escalas del pasado*.

- Huesca: Instituto de Estudios Altoaragoneses: Barbastro: UNED, 2005, pp. 99-110.
- _____. *La historia como campo de batalla. Interpretar las violencias del siglo XX*. Laura Fólica (trad.), Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- _____. “La memoria de Auschwitz y del comunismo. El “uso público de la historia”. En *Memoria*. Revista Mensual de política y cultura, nº 166, 2002, pp. 1-12.
- _____. *La violencia nazi. Una genealogía europea*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- TERNON, Yves. *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*. Barcelona: Península, 1995.
- TOLEDO, Joaquín. “La Batalla de Kadesh: La primera batalla documentada de la historia”. [En línea] Extraído de: <<http://www.articuloz.com/historia-articulos/la-batalla-de-kadesh-la-primer-batalla-documentada-de-la-historia-1020653.html>>. [Consultado, noviembre de 2010].
- TORRES PÉREZ, María. *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*. Valencia: Tirant lo Blanch monografías, 2008.
- TORRES PÉREZ, María y BOU FRANCH, Valentín. *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*. Valencia: Tirant monografías, 2004.
- UMANSKY, Ana L. ASSANDRI, Adriana. “La negación del Holocausto. Un problema de Metodología histórica”. En *Nuestra historia*. Grupo de Trabajo para la Cooperación Internacional en Educación, Rememoración e Investigación del Holocausto. Año XIII, nº 28, Argentina, Abril de 2007, pp. 35-48.
- URIBE, María Victoria. *Enterrar y callar las masacres en Colombia, 1980-1993*. Bogotá: Comité Permanente por la Defensa de los derechos Humanos. 1995.

- URTEAGA, Eguzki. "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann". *Contrastes, Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV, Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, 2010, pp. 301-317.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Internacional Público*. Medellín: DIKE, 2005.
- VALERO ESCANDELL, José. "Miedo a los inmigrantes". En *La ciudad y el miedo, Coloquio de Geografía Urbana*. Asociación de Geógrafos Españoles y la Càtedra de Geografia i Pensament Territorial de la Universitat de Girona. Girona: Universitat de Girona (ed.), 2005, pp. 115-123.
- VAN DIJK, Teun. "Nuevo racismo y noticias. Un enfoque discursivo". En *Inmigración, género y espacios urbanos*. Los tres retos de la diversidad. Barcelona: Bellaterra, 2005, pp. 33-55.
- VARGAS LLOVERA, María Dolores. "La inmigración africana de venta ambulante: el caso de Alicante". Francisco Checa, (ed.), En *Africanos en la otra orilla. Trabajo, cultura e integración en la España Mediterránea*. Barcelona: Icaria. 1998, pp. 61-80.
- VÁZQUEZ GONZÁLES, Carlos. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex, 2003.
- VÁSQUEZ, Teófilo. "Entre la combinación de las formas de lucha y la parapolítica". En: *Cien días vistos*, Bogotá: Cinep, nº. 62, 2008, pp. 1-4.
- VEDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, 1962.
- VEGA GONZÁLEZ, Paulina. *La evolución de los derechos de las víctimas en los procedimientos internacionales*. Héctor Olásolo y Alonso Cuenca Curbelo, (coords.). *Perspectiva Iberoamericana sobre la justicia penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, vol. I, 2012, pp. 187-210.
- VELASCO, Juan Carlos. "Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global". En *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI, nº 744, 2010, pp. 585-601.
- VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis, 2004.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "¿Qué modelo migratorio propone nuestra normativa legal?". Andrés Pedreño Cánovas, Manuel Hernández Pedreño (Coords.).

- En *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Universidad de Murcia, 2005, pp. 200-209.
- VILLARRAGA, Álvaro. "Procesos de paz, desarme y reinserción en Colombia". En *Terceras Jornadas Abiertas. La Cooperación Internacional con Colombia: ¿Paz y Derechos Humanos?*. Barcelona: Centre Cívic Pati Llimona, 2006, pp. 77-89.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. "El Mapuche como enemigo en el Derecho (Penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo". En *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla la Mancha, 2009, pp. 1-21. En <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf>.
- VILLORO, Miguel. "Tres sentidos de la palabra soberanía". En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, nº 48, 1962, pp. 681-716.
- VINAIXA HUESA, Rosario. *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*. Intersección de sistemas. Estudios de homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VITE PÉREZ, Miguel Ángel. "Estado, globalización y exclusión social". En *política y Cultura*, primavera, nº. 25, Universidad Autónoma Metropolitana, 2006, pp. 9-26.
- WACQUANT, Lïc. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona: Gedisa, 2010.
- _____. "La estigmatización territorial en la edad de la marginalidad avanzada". *Ciências Sociais Unisinos*, 2007, pp. 193-199.
- _____. *Parias Urbanos. marginalidad en la ciudad*. Buenos Aires: Editorial Manantial, 2001.
- _____. "Un acontecimiento catalizador: Post scriptum a propósito del 11 de septiembre". En Loïc Wacquant (ed.), *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*, Barcelona: Edición Anthropos, 2005, pp. 231-233.
- _____. "El estigma racial en la construcción del Estado punitivo norteamericano". En *Astrolabio*, nº 10, 2005, pp. 145-159.

_____. “El color de la justicia. Cuando gueto y cárcel se asemejan y se ensamblan”. En Loïc Wacquant (ed.), *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*. Barcelona: Edición Anthropos, 2005, pp. 144-177.

_____. “Penalization, depoliticization, racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union”. McARA-Chap, (eds), 2006, pp. 83–100.

_____. “La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metrópoli brasiliana”. *Studi sulla questione criminale*, I, nº. 3, 2006, pp. 7-29.

_____. “Castigar a los parios urbanos”. En *Oficios Terrestres*, Universidad Nacional de la Plata, año XI, nº 17, 2005, pp. 59-66.

_____. “From ‘public criminology’ to the reflexive sociology of criminological production and consumption”. A review of public criminology? by Ian Loader and Richard Sparks. *Brit. J. Criminol*, 51. Published by Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Studies (ISTD). 2011, pp. 438–448. Disponible en: <<http://burawoy.berkeley.edu/PS/Wacquant.pdf> >.

WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

WOLKMER, Antonio C. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. México. D.F.: ILSA, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo. “Política criminal y delincuencia organizada”, en YACOBUCCI, G. (Coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio R. “Humanitas en el derecho penal”. En *Anacronismo e irrupción, Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna*, Vol. 1 nº 1, 2012, pp. 92-212.

ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el Derecho penal*. Bogotá: Ibáñez, 2006.

_____. *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Bdef, 2005.

- _____. "Humanitas en el derecho penal". En *Anacronismo e irrupción, Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna*, vol. 1 n° 1, 2012, pp. 192-212 .
- _____. "La legitimación del control social de los Extraños. En: M. Cancio Meliá, C. Gómez, Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer/Bdef, vol. 2., pp. 1117-1149.
- _____. "La legitimación del control penal de los extraños". Claudio Morgado (ed.), *Cuadernos del inadi*, n° 01, 2010, pp. 1-15
- _____. *El Derecho penal liberal y sus enemigos*. Buenos Aires: Bdef, 2005.
- _____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila editores, 1993.
- _____. "Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo". En *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n°. 7, 1994, pp. 83-92.
- _____. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR., 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 6ta ed. Madrid: Trotta, 2005.
- ZAMORA, José Antonio. *Pensar contra la barbarie*, Madrid: Trotta, 2004.
- ZAMORA, José Antonio. "Ciudadanía e Inmigración: Las Fronteras de la democracia". Andrés Pedreño Cánovas, Manuel Hernández Pedreño (Coords). En *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*. Colección Aula de Debate, Universidad de Murcia, 2005, pp. 141-158.
- ZARAGOZA PELAYO, Rafael. "Las causas de la guerra civil española desde la perspectiva actual: aproximación a los diversos enfoques históricos". En: *HAOL*, n°. 14, 2007, pp. 167-174.
- ZIEGLER, Jean. *El imperio de la vergüenza*. Madrid: Taurus 2006.
- ZOLO, Danilo. *La Justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

ANEXOS

DICTÁMENES DE CORPORACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES

Organización de Naciones Unidas

- (CdSONU). Tribunal Especial para Sierra Leona. Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, 16 de enero de 2002. En: <<http://documents.un.org>>
- (CdSONU). Salas Especiales para Camboya. Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/ RKM/080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004; acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Camboya, firmado el 6 de junio de 2003.
- (CdSONU). Salas Especiales para Timor Leste. Reglamento 2000/15 de la UNTAET, del 6 de junio de 2002. Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000. Resolución 1272 del Consejo de Seguridad, 25 de octubre de 1999. En: <<http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>>
- (CdSONU). Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. 16 de enero de 2002. Resolución 1315 de 2000. En: <<http://www.sc-sl.org/scsl-statute.html>>.
- (CdSONU). TPIY. Resolución 827 del 25 de mayo en 1993.
- (CdSONU). TPIR. Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994.
- (CdSONU). S/RES/1820 19 de junio de 2008.
- TPIY. App. Ch. T-94-1-AR72. *Prosecutor v. Tadic*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 octubre, 1995. [online]. <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>.

- (CdSONU). Resolution 1422/02. Adopted by the Security Council at its 4572nd meeting, on 12 July 2002. [online]. <<http://www.amicc.org/docs/SCres1422.pdf>>.
- ICTY-IT-96-21. *Caso delalic y otros "Celebici"*. Sentencia 16 de noviembre 1998.
- ICTY- IT-95-17/I-T. *Caso Furundzija*, Sentencia del 10 de diciembre de 1998.
- ICTY. IT-96-23 y IT-96-23/1. *Caso Kunarac, Kovać y Vuković*. Sala I de Primera Instancia, sentencia del 2 de agosto de 2001. Sala II de Primera Instancia, sentencia del 22 de febrero de 2001. Sentencia del 12 de junio de 2002.
- ICTR-97-20-T. *Case. Prosecutor v. Semanza*. Sentencia 15 de mayo 2003.
- ICTR-96-4-T. *Case Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgment 1998. Trial Chamber

Corte Penal Internacional

- ICC-01/09-19. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya: *Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. 31-03-2010. [Online]. <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>>.
- ICC-01/04-01-06. Pre-Trial-Chamber I. Situation in the Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Tomas Lubanga Dyilo. 10-02-2006. [Online] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191959.PDF>>.
- ICC-01/04-01/06. OA 13. Sala de Apelaciones. *Situación en La República Democrática del Congo. Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo*. Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc629501.pdf>>.
- ICC. Office of the Prosecutor, 'Report on the Activities Performed during the First three Years (June 2003-June 2006). 12 september 2006. [online]. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP_3yearreport20060914_English.pdf>.

- ICC-02/04-01/05-134. Decision on legal representation, appointment of counsel for the defence, protective measures and time-limit for submission of observations on applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06. [online]. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/JUDSUMM/JSV_ICC_0204_0105_134.pdf>. 1 February 2007.
- ICC-01/04-01/06-1119. Trial Chamber I. Situation in the Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Tomas Lubanga Dyilo. Decision on victims' participation. [online]. <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409168.PDF>>. 18 January 2008.
- ICC-01/04-101. Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo. The prosecutor v. Tomas Lubanga Dyilo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6. [online]. <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/DRC/PTCI/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr%20Decision,%2017%20January%202006.pdf>. 17 January, (2006).
- Corte Penal Internacional. Reglas de Procedimiento y Prueba. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).
- Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000). Visto [en línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/Scimeelementsicc.html>>.

(OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Casos en relación al Estado colombiano

- CIDH. Denuncia nº 11.227. *Caso de genocidio perpetrado contra el movimiento político Unión Patriótica*. (UP). 1993. [En línea]. Recuperado de: <<http://www.cidh.org/annualrep/96span/colombia11227.htm>>.
- CIDH. Informe nº 112/99. Denuncia nº 11.603, Álvaro Lobo Pacheco y Otros (19 Comerciantes). Septiembre 27 de 1999. [En línea]. Visto en: <<http://www.cidh.org/annualrep/99span/admisible/colombia11603.htm>>.
- CIDH. Resolución nº 24/87. Caso 9620. Septiembre 16 de 1988. [En línea]. Visto en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Colombia9620.htm>>.
- CIDH. Informe nº 33/92. Caso 10.581. Septiembre 25 de 1992. [En línea]. Visto: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Colombia10.581.htm>>.

- CIDH. Informe nº 32/92. Caso 10.454. Septiembre 25 de 1992. [En línea]. Visto en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Colombia10.454.htm>>
- CIDH. Informe nº 24/93. Caso 10.537. Octubre 12 de 1993. [En línea]. Visto en: <<http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.colombia10.537.htm>>
- CIDH. Denuncia nº 10738. Holocausto del Palacio de Justicia. Disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/colombia93sp/cap.7.htm>>
- CIDH. Informe nº 5/97 □ caso 11.227. □ José Bernardo Díaz y otros “Unión Patriótica”. 12 de marzo de 1997. [En línea]. Recuperado de: <<http://www.cidh.org/annualrep/96span/colombia11227.htm>>
- CIDH. Informe anual. nº 1/92. Caso 10.235. Febrero 6 de 1992. Visto en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/91span/cap.III.colombia10.235.htm>
- CIDH. Informe anual. nº 22/93. Caso 9477. 1993. [En línea]. Disponible en: <<http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.colombia.9477.htm>>
- CIDH. Informe anual. nº 23/93. Caso 10.456. Octubre 12 de 1993. [En línea]. Visto en: <<http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.colombia10.456.htm>>.
- CIDH. Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. [En línea]. Recuperado de: <<http://www.cidh.org/countryrep/colombia93sp/indice.htm>>.
- CIDH. Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. Febrero 26 de 1999. [En línea]. Visto en: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-1.htm>>.

(UE). Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH, *caso Papon contra Francia*, demanda No. 54210/00. Noviembre 15 de 2001.
- TEDH, *asunto Korbely c. Hungría*, demanda No 9174/02. Estrasburgo 19 de septiembre de 2008.

- TEDH, caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*: Imprescritibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva. Demanda N° 23052/04, en: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>
- TEDH, casos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania y K.-H.W. c. Alemania*, por las llamadas “ejecuciones del muro de Berlín”. sentencias de 22 de marzo de 2001.

(OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH. *Caso Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Sentencia del 29 de abril de 2004. [En línea]. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. 2007, [En línea]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. [En línea]. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>
- Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>.
- Corte IDH. OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1999. [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>.
- Corte IDH. OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre 17 de 2003. [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>.

- Corte IDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia sobre el fondo, 5 de julio de 2004. [En línea]. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C. nº 95, [En línea]. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso Blake, Vs Guatemala*. Reparaciones y costas, Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C. nº 48, [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf>.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.*, Reparaciones y costas. Sentencia de 20 de enero de 1999, Serie C. Nº 44, [En línea]. Recuperado: <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/derechoshumanos/SENTENCIA%20SUARES%20ROSERO.pdf>>.
- Corte IDH. *Caso Castillo Páez*, Reparaciones, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C. nº 43, [En línea]. Visto en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf>.

Colombia. Corte Constitucional

- Corte Constitucional. Sentencia C-070/09. Magistrados ponentes: Humberto Antonio Sierra y Clara E. Reales Gutiérrez. Bogotá, 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia C-370/06. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa. Jaime Córdoba Triviño. Rodrigo Escobar Gil. Marco Gerardo Monroy Cabra. Álvaro Tafur Galvis. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, mayo 18 de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia C-053/93. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia C-449/92. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 1992.

- Corte Constitucional. Sentencias C-093 de 1993. Magistrados Sustanciadores: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 1993.
- Corte Constitucional. C-814/04. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, Bogotá, Agosto 30 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencias C-150 de 1993. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, Bogotá, 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Bogotá, 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-392/00. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 2000.

Colombia. Leyes y decretos

- Decreto 2790 de 1990. Diario oficial No. 39584. Noviembre 20 de 1990
- Decreto 2700. Diario Oficial No. 40190. Noviembre 30 de 1991
- Decreto-Ley 2790 de 1990, Diario Oficial No. 39.584. Noviembre 20 de 1990
- Decreto-Ley 2271 de 1991, Diario Oficial No. 40.078. Octubre 4 de 1991
- Decreto 1837 de 2002. Diario Oficial No. 44.877. Agosto 11 de 2002
- Ley 65 de 1993. Diario Oficial 40999 de agosto 20 de 1993
- Ley 333 de 1996. Diario Oficial No. 42.945, de 23 de diciembre de 1996
- Ley 282 de 1996. Diario Oficial No. 42.804 de 11 de junio de 1996
- Ley 35 de 1982. Diario Oficial No. 36.133 de 20 de noviembre de 1982
- Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000
- Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658, de 1 de septiembre de 2004
- Ley 504 de 1999. Diario oficial No 43.618, de 29 de junio de 1999.

Páginas Web

- <http://www.un.org>
- <http://www.oas.org>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home><http://www.trustfundforvictims.org/>
- <http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm>
- <http://www.juragentium.org>
- <http://www.icc-cpi.int>
- <http://www.bpi-icb.com>
- www.anuariocdh.uchile.cl
- <http://www.iccnw.org>
- <http://www.amnesty.org/es>
- <http://www.mundoarabe.org>
- www.derechos.org