

El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo*

Enemy Criminal Law and the International Corpus of Human Rights. Comparative Analysis

Julián Rivera Loaiza**

Recibido: 25 de junio de 2010
Aprobado evaluador interno: 16 de julio de 2010
Aprobado evaluador externo: 19 de agosto de 2010

Resumen

El autor analiza algunos planteamientos de Günther Jakobs sobre el derecho penal de enemigo, especialmente la tesis según la cual aquellos individuos que no ofrecen la suficiente certeza cognitiva de que hacia el futuro participarán en la comunidad jurídica no deben esperar ser tratados como personas. Esta tesis se enfrenta a los retos de la constitucionalización de las relaciones políticas internacionales en el marco del corpus internacional de los derechos humanos y al hecho de que en este, incluso quienes de modo

Abstract

* Este artículo es resultado de un proyecto de investigación formulado en el macroproyecto sobre el derecho penal de enemigo.

** Abogado de la Universidad Santiago de Cali y docente de tiempo completo. Especialista en Derecho Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integrante del grupo de investigación GICPODERI, adscrito de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, el cual desarrolla la línea de investigación "Derechos humanos y justicia penal". Ha sido Auxiliar de Magistrado en la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Cali y Buga, pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Abogado Asistente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es coautor del libro *Protección internacional de los derechos humanos* y artículos como "La dimensión internacional del juez de control de garantías", "El derecho a la asistencia consular de los extranjeros privados de la libertad", "El cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿un derecho fundamental de las víctimas?", así como de otros artículos publicados en revistas especializadas en derecho penal y derechos humanos. Correos electrónicos: julirivera707@hotmail.com, julirivera2001@yahoo.com y julian.rivera01@usc.edu.co.

reiterado impugnan o atacan el “orden”, deben ser tratados como personas.

Palabras clave: enemigo, persona, derecho penal, proceso penal, estados de excepción, detención preventiva, principio de legalidad.

Introducción

En el discurso pronunciado por Louis Antoine Leon de Saint-Jus en el juicio contra Luis XVI, aquél afirmaba que el rey era culpable por ser rey, pues “no se puede reinar inocentemente”; como era un enemigo había que *combatirlo*, no *juzgarlo*. En aquella oportunidad, reclamaba a los miembros de la Asamblea por la delicadeza de los espíritus y los caracteres, pues ello era un obstáculo a la libertad, dado que así se trataba de embellecer los errores. Se oponía a la pregunta que algunos franceses se hacían en la Asamblea en el sentido de cuáles eran las garantías que había que conceder al tirano, mientras la semilla de la libertad, sembrada en el territorio francés, esperaba ser bañada con la sangre del rey para que la república fuese fundada. En uno de los apartes del discurso, señalaba que las generaciones futuras se asombrarían que el siglo XVIII hubiese sido menos avanzado que Roma, en la cual el juicio contra César había sido resuelto eficazmente sin más formalismos que varias puñaladas en su cuerpo (1987, pp. 115-124). En la profundidad de este discurso está inmerso el tratamiento otorgado a quienes ya no forman parte de un pacto social, quienes se sitúan en el afuera. Solo pueden esperar ser combatidos; solo los ciudadanos, quienes participan del contrato social, pueden aspirar a ser juzgados como ciudadanos.

El discurso mencionado se produce en un contexto de renuncia a presupuestos metafísicos para fundamentar el Estado, es decir, la secularización: el trono de la razón. En principio, la configuración de un Estado sobre presupuestos puramente terrenales, mundanos, también debía permitir dejar el cielo a los “ángeles para ocuparse de la tierra y de sus miserias”. Sin embargo, una renuncia como esa no fue del todo posible y así se manifiesta a través de estructuras metafísicas (teológicas) que no solo definen los términos de la política sino también del derecho¹. *Schmitt* lo reconoció así: “Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (2001, p. 43). Esto vale también para el derecho como expresión de la vida política en el Estado. La concepción de la vida, la sociedad y el Estado a partir de absolutos es lo que ha permitido que persistan puntos de vista que definen a los extraños como una

¹ Le ley, el derecho, son vistos como la palabra sagrada en las sociedades contemporáneas, la expresión de la voluntad estatal manifestada a través de procedimientos que dan autenticidad a la revelación y la estructura judicial y la comunidad de juristas como la casta llamada a definir o interpretar cuál es esa voluntad expresada en la ley. En la literatura, Steinbeck se ha referido, con gran ironía, a ese carácter sagrado de la ley: “la ley no tiene nada de ordinaria. Al contrario, es un asunto místico; para muchas personas, relacionado estrechamente con la religión. Y, al igual que los dispensadores de las leyes sagradas consideran necesaria una vestimenta, los servidores de las leyes civiles también. Observed, Sire, que nuestros jueces presiden los tribunales con togas y birretes. Pensad en los jueces ingleses que no sólo requieren togas y pelucas, a despecho del calor que pueda hacer, sino que también llevan ramilletes de flores, destinados antiguamente a aliviar los olores de la gente y que aún se conservan en estos tiempos menos odoríferos” (2008, p. 153).

enfermedad que aqueja al cuerpo social y que es necesario deshumanizar mediante un lenguaje que prefigura al otro como un “monstruo”, “un terrorista”, “un rebelde”, “un enemigo” al que es necesario excluir. Por la persistencia de prácticas de esa naturaleza, el Marqués de Sade llamaba a los franceses a realizar un esfuerzo más si querían ser verdaderos republicanos, lo cual significaba, en sus propias palabras, que “Europa espera de vosotros ser librada a un tiempo del *cetno* y del *incensario*” (1996, p. 170).

El derecho penal es uno de los escenarios propicios a la realización de una práctica social como la referida. En ese contexto, lo que sustancialmente se entiende como “derecho penal de enemigo” ha sido llevado a sus últimas consecuencias, incorporando figuras que están atrapadas en las redes de dicha noción. El derecho penal está atrapado en el dilema de tener que forjar, desde la igualdad, garantías para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, ser un escenario en el que “la deshumanización del extraño” es el preámbulo de la aplicación de aquello que parece romper las “cadenas” del Estado de derecho, pero que, en el fondo, no es otra cosa sino un “despojarse de la máscara secular” que ha ocultado la auténtica medida del Estado contemporáneo: la política y el derecho no han logrado despojarse de estructuras teológicas.

Este artículo defiende la tesis según la cual el derecho penal de enemigo se enfrenta a los retos de una constitucionalización del orden internacional a partir de elementos del derecho internacional que no han sido evaluados satisfactoriamente en las tesis sobre las cuales Jakobs edifica el núcleo de su pensamiento. En otras palabras, mientras Jakobs y sus seguidores propugnan por un tratamiento de ciertos individuos a partir de categorías que definen un derecho penal de excepción, en el cual esos individuos son tratados como enemigos, existen elementos en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y en el derecho penal internacional —en adelante, el *corpus* internacional de los derechos humanos—que refuerzan la tesis según la cual incluso el adversario o el extraño a la comunidad debe ser tratado como persona, pese a que reiteradamente impugne el derecho con su comportamiento. El derecho solo puede propiciar contextos de socialización, de reconocimiento social, si sus mecanismos incluyen en la comunidad jurídica al extraño, a aquellos que Jakobs denomina “el enemigo”. En este caso, se pone a prueba la noción de un derecho penal como sistema de garantías por contraposición a aquella concepción del derecho que abandona la pregunta sobre la legitimidad jurídico-política de los medios para justificarlos a partir del fin. Para tal efecto, en la primera parte se retomarán algunas de las ideas centrales de un trabajo reciente de Günther Jakobs. En la segunda parte, se analizarán algunas de las cuestiones esenciales del derecho penal que concretan la noción de derecho penal de enemigo. En la tercera parte, se expondrán los argumentos por los cuales el *corpus* internacional de los derechos humanos reconoce al adversario, al enemigo, al extraño, un estatus como persona. En la última parte, se formularán las conclusiones.

Jakobs y el derecho penal de enemigo: la provocación de una idea

La condición básica de Günther Jakobs es la provocación como una medida de las cuestiones fundamentales del derecho penal. Su posición en torno a una pretendida “teoría del derecho penal”, enlazada con cierta forma de entender los aportes que determinados sociólogos han realizado a la comprensión de la sociedad, su carácter ambivalente, dan cuenta de posturas que generan toda suerte de críticas de sus detractores. Mucho de lo que se dice sobre dicho autor está precedido de una cuota importante de emotiva acusación, fundada o infundada, sobre la vinculación de su forma de pensar con el pasado alemán nacionalsocialista. Una acusación como esa no está plenamente probada, pero existe algo más que una mera sospecha, la probabilidad de que el discurso planteado como un método para tratar al “otro” como un extraño recuerde las prácticas totalitarias del pasado.

En principio, es necesario estar de acuerdo en que el argumento central de Jakobs es interpretado incorrectamente, pues el autor no niega los postulados esenciales del Estado de derecho y la vinculación del derecho penal a los mismos, sino que solo describe algunos elementos incómodos que surgen en ese ámbito, los cuales son empíricamente ineludibles si el Estado de derecho quiere sobrevivir a quienes lo impugnan de manera permanente, esto es, quienes son infieles al derecho. Sus detractores no harían concesiones y responderían que los planteamientos del autor implican el resurgimiento, en el marco de los Estados de Derecho, de conceptos arraigados en una visión autoritaria o, en el peor de los casos, totalitaria, sobre el Estado y su relación con la política y el derecho, pues la renuncia a los principios del Estado de Derecho, en ciertos casos límite, abriría algunos intersticios a través de los cuales podría incorporarse a todo el derecho penal un elenco de medidas excepcionales que paulatinamente definirían la verdadera carta de naturaleza del derecho penal.

Polaino-Orts defiende a Jakobs enfatizando que el derecho penal de enemigo tiene un carácter descriptivo, no prescriptivo. Así, el discurso no impone un camino, solo describe las espinas que hay en el mismo. Lo que hace Jakobs es dar cuenta de prácticas e instituciones que han adquirido carta de naturaleza en el derecho penal contemporáneo y que muchos de sus críticos han comentado: el avance de los tipos de peligro abstracto y, con ello, el adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, la incorporación de figuras relacionadas con el terrorismo, la transformación de las medidas cautelares personales en una verdadera custodia de seguridad (2007, p. 142). Este autor atribuye la errónea comprensión del discurso a lo que llama un poco “de mala prensa del derecho penal de enemigo” al vincular la concepción a los sucesos ocurridos desde el 11 de septiembre de 2001 (p. 142).

Aponte se ha referido a algunas críticas que se han hecho a Jakobs. En un trabajo reciente, argumenta que Jakobs no es “necesariamente antiliberal”, solo se enfrenta a unos desafíos que la época contemporánea, especialmente por el problema de la guerra y de

cuestiones relacionadas con el terrorismo. La guerra, opina este autor, es un espacio pensado por fuera del derecho, un argumento en la línea de Hobbes sobre el presupuesto fáctico sobre el que se erige el Estado: la paz (Aponte, 2005, p. 50). Así mismo, Aponte enfatiza en que el enemigo, en el sistema de pensamiento de Jakobs, no lo es en sentido moral, es decir, no se trataría de fracturar los conceptos jurídico-políticos del Estado de derecho con categorías teológicas o metafísicas como el “bien” o el “mal”, sino solo de la construcción de una categoría, el enemigo, a partir de una descripción puramente sociológica: el individuo que reiteradamente, con su comportamiento, impugna el derecho, lo ataca, no ofreciendo de esa manera la suficiente certeza cognitiva que le permita a las instituciones suponer, razonablemente, que mediante la aplicación del derecho penal ese individuo motivará su conducta de tal forma que las expectativas sociales no sean defraudadas. Esto no tiene nada que ver con la entronización, en el derecho penal, de absolutos propios de concepciones teológicas (Aponte, 2005, pp. 64-65).

Algo claro en tal debate es que la perspectiva teórica de Jakobs acerca del derecho penal de enemigo se ha transformado hasta radicalizarse en un ámbito en el que el autor acepta llevar hasta sus últimas consecuencias la concepción aludida. De una posición en la que apelaba a una “descripción” de aquellas tendencias del derecho penal orientadas a la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico (Jakobs, 1997, pp. 293-324), en los años más recientes ha radicalizado sus consideraciones al punto de que la inicial posición “descriptiva” parece haber dejado de ser tal para convertirse en una postura en la cual, ya no la ambigüedad o la provocación, sino la toma de partido por puntos de vista que fracturan el Estado de Derecho, es la piedra angular de su discurso (2007, pp. 97-118). Pese a sus intentos de moverse en el terreno del discurso descriptivo, sus propuestas cruzan la línea y avanzan hacia la legitimación de prácticas que, recordando a Berlin, pueden contribuir a la destrucción del mundo. Esta postura apunta a un escenario en el que los esfuerzos teóricos de Jakobs parecen orientarse a la legitimación de las medidas adoptadas por los Estados para “enfrentar a ciertos fenómenos criminales”, especialmente en la denominada por algunos “lucha o guerra contra el terrorismo”.

En el texto de 2007, presentado en el marco de un ciclo de conferencias en la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, Jakobs radicaliza su perspectiva acerca del derecho penal de enemigo. Existen distintos pasajes de su discurso que entregan las claves necesarias para entender ya no la ambivalencia de sus puntos de vista iniciales, sino para calificar los actuales de claros y radicales en la aceptación y no la resignación de los postulados y consecuencias propias del derecho penal de enemigo. Así, el autor comienza destacando la contraposición entre los límites ideales de la juridicidad y los que el mundo real conoce, dando cuenta con ello de su toma de partido por la manera

como el derecho penal es configurado en el marco de las prácticas de un sistema social históricamente determinado.

En un momento ulterior, Jakobs anuncia ya lo que será el eje de su reflexión: el postulado según el cual todos deben ser tratados como personas está condicionado a que aquellos “todos” cumplan sus deberes, esto es, siempre que estén controlados o no sean peligrosos (2007, p. 101). En esta parte, introduce un argumento radical: “si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas” (p. 101). Más adelante, se analizarán algunas situaciones en las que el postulado “hay que tomar medidas preventivas” es realizado en la configuración y aplicación de las reglas jurídicas que gobiernan al sistema procesal penal.

Aunque, en un apartado posterior de su conferencia, Jakobs se defiende planteando el carácter puramente descriptivo de sus reflexiones, lo cierto es que cada una de sus ideas está expuesta en términos absolutos para admitir que no es posible, en la sociedad actual, una disolución incondicionada del derecho penal de enemigo, pues, aunque algunos acusan tal discurso de fascista, es claro que es necesario aceptar la “desnudez” del Estado de Derecho en algunos lugares, para “evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista” (2007, p. 102).

Para Jakobs, un enemigo es quien impugna por principio y de modo reiterado el orden social establecido. Así, “quien orienta su vida de modo imputable y más o menos permanente con base en estructuras criminales se derrumba, si bien no de modo global, pero sí de manera sectorial, la presunción de comportamiento conforme a derecho y, con ello, un presupuesto de su *status* en cuanto persona en derecho” (p. 109). Solo quien de modo confiable promete fidelidad al derecho puede aspirar a ser tratado como persona. En esta parte, el autor parece apuntar a una noción sustancial del enemigo, es decir, a cierta cualidad presente en la conducta del individuo tratado como tal, de la que se valdría la sociedad para implementar las medidas dirigidas a tratarlo como un extraño o un enemigo. Pese a ello, en momentos ulteriores de su conferencia, Jakobs apunta a una noción de enemigo que abandona el plano de lo sustancial para ubicarse en el plano de las definiciones desde la sociedad.

La discusión abierta por cuenta del polémico concepto sobre el derecho penal de enemigo navega en un mar de dos orillas, en cada una de las cuales la pasión que desata tal sistema de pensamiento es un hilo conductor que no da cuenta de los sombras bajo la luz. En efecto, quienes hablan de dicho concepto, en el plano de la oposición o de la defensa, parecen apuntar a un momento histórico singular del derecho penal, en el que se produciría una ruptura con una tradición jurídica liberal que había ganado terreno y adquirido un estatus en la idea de un derecho penal garantista, propicio a los postulados esenciales del derecho en una democracia no solo procedimental sino también

sustancial, esto es, un régimen en el que están garantizados los derechos fundamentales de toda persona.

El lenguaje es el marco de nuestras representaciones. Por medio de él, forjamos interpretaciones acerca del mundo y del otro y nos hundimos en el más oscuro de los abismos o escalamos la montaña hasta encontrar la luz; nos quedamos en la caverna o emprendemos la larga marcha del destino. Por tener tal condición, ciertas expresiones de la política instrumentalizan el lenguaje para construir demonios, entes diabólicos que puedan ser depositarios del mal en el mundo. Ello es indispensable si a través del lenguaje y de la prefiguración del otro como un ser perverso, con grandes fauces y afiladas garras, se quiere estimular o alimentar el miedo en el alma humana para generar dividendos electorales y gobernar “eficazmente” mediante el derecho penal. El proceso de utilizar una motosierra o disparar un fusil no comienza en el arma propiamente dicha, sino en el lenguaje político. Este es el legado del gobierno del señor Uribe Vélez. En un interesante artículo sobre la limpieza étnica en la antigua Yugoslavia, Kullashi describe, en las primeras líneas, ese proceso de “diabolización del otro”, en el cual ese otro –para el caso de ese artículo, los albaneses– es prefigurado “con rasgos cada vez más monstruosos” (2003, p. 78).

Kullashi recuerda el papel cumplido por el lenguaje en la transmisión de la ideología serbia y, con ella, ciertas construcciones políticamente convenientes de la historia en esa tarea de deshumanizar, de llamar a quien no se parece al estereotipo cultural serbio y, por tanto, quien debe ser separado de la comunidad política y jurídica. Este autor afirma que los ideólogos del nacionalismo serbio reactivaron el recuerdo de la batalla de Kosovo en 1389, luego de la cual los Balcanes fueron sojuzgados por los otomanos, y cómo, a partir de ese episodio histórico, se construye el mito de la expansión desmedida de los albaneses en territorio serbio que es necesario conjurar, enfrentar. Así mismo, describe cómo en “esta mitología política, en la que Kosovo es a la vez, cuna y tumba, la natalidad de los albaneses es una “multiplicación espantosa”, una “metástasis dentro del cuerpo sano de nuestro pueblo”, una suciedad en su pureza” (Kullashi, 2003, p. 79). En su artículo, Kullashi cita estas expresiones como frases recurrentes en la prensa de Belgrado y en la revista literaria *Knjizevne novine*, órgano de la Asociación de escritores de Serbia que, según el autor, jugó un papel importante en la definición de la política nacionalista.

Existe una responsabilidad moral del científico y de los intelectuales en el uso del lenguaje y en la forma cómo este sirve de vehículo en la difusión de las ideas. La historia ha enseñado cómo todo proceso de deshumanización, en muchos casos defendido con inocencia, ha impulsado contextos trágicos en los cuales el otro o el enemigo siempre ha terminado sumido en los terrenos de la irracionalidad. Un científico no puede desligarse de la responsabilidad que le cabe por el buen o mal uso de las ideas. La oscuridad

o falta de claridad, la ambigüedad, lo hacen igualmente responsable si sus ideas han contribuido a legitimar prácticas que nunca ha tratado de justificar.

Tal vez no existan suficientes circunstancias que permitan considerar a Jakobs como “antiliberal”, que su propuesta sea solo descriptiva y que no tome partido por concepciones autoritarias que fracturan al Estado de derecho. No obstante, la intencionalidad del lenguaje empleado por Jakobs no es suficiente para refutar las agudas críticas, pues el peligro no radica en Jakobs mismo, sino en la instrumentalización que se hace del mismo para fines distintos a los del Estado de Derecho. Es lo que Kullashi llama “la diabolización del otro”, proceso político que puede comenzar en discursos “inocentes”, pero tan elásticos como para construir con ellos ámbitos de deshumanización que conduzcan a la aniquilación, a los campos de concentración, a la tortura, a la privación de las garantías judiciales a los acusados de ciertos delitos o crímenes.

La falta de precisión en torno a lo que significa “el enemigo”, la idea de que puede haber alguien que, impugnando reiteradamente con su comportamiento el sistema jurídico, no pueda esperar ser tratado como persona, forman parte de las ideas concebidas en el sosiego de la oficina de un profesor que pueden llegar a destruir el mundo. Lo que Jakobs denomina derecho penal de enemigo, la vinculación del concepto de persona a una estructura social determinada en la que esa categoría tendría sentido y no como un presupuesto del individuo por su condición de ser humano, no son otra cosa que un método para transformar al otro en un demonio al que hay que temer y combatir por cualquier medio, es un proceso político de deshumanización para “depurar”, “eliminar”, “neutralizar” a quien, mediante el lenguaje, deja de ser un humano.

El derecho penal de enemigo, como discurso, es un claro ejemplo del peligroso impacto que las ideas concebidas en el sosiego del despacho de un profesor pueden tener sobre el mundo (Berlin, 2001, p. 45). Cuando se ejerce de esta forma tal vez no se piensa en las ideas como instrumentos que, utilizados adecuada o inadecuadamente, pueden tener un efecto positivo o negativo en el entorno, es decir, pueden contribuir al mejoramiento del mundo o a su destrucción².

Importa, en todo caso, considerar si es posible establecer una diferencia entre la función descriptiva del lenguaje y su misión prescriptiva. ¿Cuáles son las fronteras entre una y otra? Estos interrogantes son necesarios, especialmente, porque el Jakobs descriptivo termina admitiendo que el derecho penal debe ocuparse de esas cuestiones, pues son

² Textualmente, Berlin afirma: “Los conceptos filosóficos engendrados en el sosiego del despacho de un profesor pueden destruir una civilización”. Esto que es válido para la filosofía, lo es también a propósito del derecho, ámbito en el cual suele suceder que, so pretexto de usar frases “provocadoras” o de pretender “innovar”, no se miden las consecuencias sociales de las ideas. Es común entre los juristas, como ocurre en la política, apelar a ideas que sacrifican el mundo y la vida en beneficio de la vanidad y la oscuridad.

una piedra en el zapato, una zona oscura en el derecho penal, que debe ser explicada para someterla a postulados de racionalidad, lo que implica, en últimas, que el derecho penal avance discursivamente en su justificación, esto es, en el señalamiento de límites para que las medidas del derecho penal de enemigo se mantengan entre los muros de contención que delimitan los casos para los cuales, según Jakobs, tal discurso ha sido pensado.

En el siguiente apartado se expondrán dos cuestiones referidas al derecho penal colombiano, en el cual se han propiciado prácticas sociales y jurídicas punitivas, cuyo punto de partida ha sido la deshumanización del ciudadano para aplicar medidas límite que niegan los límites formales del Estado de Derecho y los fundamentos mismos del *corpus* internacional de los derechos humanos. La descripción de lo que acaece en un contexto como el derecho penal da cuenta del peligro que se cierne sobre la condición humana cuando se asumen puntos de vista que abren las puertas a conceptos o ideas edificadas sobre absolutos, pues estos conducen fatalmente a la negación del reconocimiento social, cultural, político y jurídico a que tienen derecho aquellos que se denominan extraños a la comunidad o enemigos. Más aún, ideas que se defienden en relación a un discurso que está construido históricamente precisamente para reafirmar el trato humano a que tienen derecho incluso aquellos que consideramos contrarios a los valores occidentales.

Proceso penal colombiano y derecho penal de enemigo

En este apartado, haré referencia a dos casos en los que el derecho penal colombiano manifiesta una tendencia hacia la incorporación del discurso en cuestión. Estos casos, sumados a prácticas legislativas³ y judiciales enmarcadas en la Constitución de 1991, dan cuenta de la facilidad con la que esa clase de discursos influyen en la construcción de las instituciones penales, especialmente cuando la dogmática jurídico-penal abandona su función político criminal de crítica a las instituciones para dedicarse únicamente a la legitimación de las existentes.

La detención en supuestos de peligro de reiteración delictiva: ¿medida cautelar personal o custodia de seguridad del enemigo?

El artículo 310 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 24 de la ley 1142 de 2007, permite la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en aquellos casos en que se configure alguna de las siguientes circunstancias: a) la conti-

³ No olvidemos la transformación de la legislación de estado de sitio, producida al amparo del artículo 121 de la Constitución de 1886, en derecho penal de permanente aplicación por obra y gracia de las normas transitorias de la Constitución de 1991 que autorizaron al gobierno a elevar a legislación permanente dicha normativa cuando no hubiesen sido improbados por la Comisión Especial Legislativa. De esa forma, hemos convivido con estructuras jurídicas pensadas para la confrontación, pero aplicadas al intento de configurar las instituciones propias de un Estado constitucional de derecho.

nuación de la actividad delictiva; b) el número de delitos imputados y su naturaleza; c) estar acusado o hallarse sujeto a alguna medida de aseguramiento o estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional y d) la existencia de sentencias condenatorias vigentes. Esta causal se conoce en la teoría del derecho procesal penal como el riesgo o peligro de reiteración delictiva y ha sido fuertemente criticada por oponerse a la naturaleza puramente cautelar de la prisión provisional o detención preventiva⁴.

Solo la pena está llamada a cumplir un fin preventivo especial negativo, es decir, a inocuizar o impedir a quien es declarado responsable penalmente, que incurra en nuevos delitos. Este fin solo opera en el momento en que se impone y ejecuta la pena a través de medidas que garanticen su eficacia. El presupuesto de este fin es la responsabilidad del autor o partícipe del injusto. Es esta finalidad la que se hace extensiva a la medida cautelar personal cuando se le asigna a esta la función de impedir que el individuo reitere nuevas conductas punibles, en un contexto en el que aún no ha sido desvirtuada su presunción de inocencia.

En el riesgo de reiteración delictiva, se hace depender la medida cautelar personal de un pronóstico sobre la condición de infidelidad permanente al derecho por parte del individuo que lo impugna reiteradamente con su comportamiento y no de los fines de aseguramiento procesal que cumple la medida cautelar personal (medida de aseguramiento). En este ámbito, la medida es impuesta como instrumento para prevenir amenazas contra el ordenamiento jurídico en la forma de una “pena anticipada”, aplicada respecto de quien no ha sido declarado penalmente responsable.

La oposición de esta causal aplicada a la imposición de la medida cautelar personal con los principios del derecho procesal penal y con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos es evidente y hay que entenderla como parte de un conjunto de medidas configuradas desde el “derecho penal de enemigo”, discurso que, como un virus, invade la estructura del derecho penal en el Estado de Derecho. Es pertinente recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la detención preventiva tiene un carácter excepcional y su naturaleza es el de una medida cautelar y no punitiva, lo que coincide con la posición de la doctrina comparada (Llobet Rodríguez, 1999, p. 133). En este sentido, se ha vinculado la imposición de tal medida a criterios de necesidad y proporcionalidad. En otras palabras, cuando se habla de necesidad no se está aludiendo a los criterios normativos que deben tenerse en cuenta en la imposición de las penas, lo cual significa que la detención preventiva no

⁴ Llobet Rodríguez hace una revisión detallada del marco teórico a propósito del concepto de reiteración delictiva (1999, pp. 194-220).

puede cumplir los fines de prevención especial o general que asigna el derecho penal a la sanción penal⁵.

En materia de detención preventiva, la necesidad de la medida está vinculada a aspectos propios de la investigación o actuación de la jurisdicción penal, tales como evitar que se obstruya la investigación, que se amenace o intimide a los testigos o a la víctima o asegurar que el imputado esté presente en los actos posteriores del juicio.

¿Cuál es la explicación a una anticipación de los fines de la pena a un momento anterior a la sentencia condenatoria? La transformación del proceso penal en un ámbito orientado a la radicalización de las respuestas punitivas respecto de ciertos fenómenos criminales, pues no cabe duda de la etiqueta que precede a la configuración de medidas extremas como esa: el derecho penal de enemigo y la fractura de los postulados que fundamentan al Estado de Derecho. De esta clase de respuestas, hoy comunes en el derecho penal contemporáneo, solo cabe esperar su extensión a toda clase de fenómenos criminales, especialmente, porque, como apunta Jakobs al radicalizar su perspectiva, “es la propia sociedad la que decide quién está incluido en ella y quién no, y –dicho sea de paso– el enemigo probablemente por regla general preferiría quedar incluido. Además, la sociedad decide *en qué medida* incluye o excluye, y no libera al delincuente recalitrante de su deber de no cometer delitos” (2007, p. 110).

En el caso *Bayarri vs. Argentina*⁶, la Corte Interamericana se pronunció sobre un caso en el que Juan Carlos Bayarri estuvo en prisión o detención preventiva o provisional por un lapso de trece años. La Corte consideró que la duración excesiva de la medida cautelar personal supone una infracción del derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el mismo implica la activación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, a que la medida sea revisada periódicamente en cuanto a determinar si subsisten los fundamentos de la misma y a que la ley establezca un plazo máximo de duración que no puede ser el de la pena. De esta sentencia es importante destacar que la Corte precisó que

⁵ Estos precedentes están conformados por el siguiente cuerpo de decisiones: Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrs. 34.t, 34.u, 34.v, 34.w, 76 a 78; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 129 y 162; Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106 y 180; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrs. 111 y 112; Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 63.1, 210, 212 y 216; Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 67, 68, 69 y 144.

⁶ Caso López Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párrs. 74, 75, 76, 110.

[...] para que [la detención preventiva] sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.⁷

Así mismo, el Tribunal Internacional precisó que

[...] el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.⁸

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró su línea jurisprudencial en el sentido que

[...] al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una “[o]bligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana.⁹

⁷ Caso López Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

⁸ Caso López Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 76.

⁹ Caso López Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 110.

En la sentencia adoptada en el caso Bayarri, la Corte analizó la legitimidad de la medida cautelar personal a la luz de dos fines procesales: a) el riesgo de fuga y b) el riesgo de obstrucción a la justicia. En esta decisión, la Corte no incorporó la referencia al riesgo de reiteración delictiva, lo cual supondría, si se analiza el pensamiento según el cual las características personales del autor no pueden incidir *per se* en la aplicación de esa medida, que el tribunal internacional no admite el peligro de reiteración delictiva como válido para imponer una medida amparada por la presunción de inocencia.

Sin embargo, la ley 906 de 2004 transformó la medida cautelar personal (la medida de aseguramiento de detención preventiva y domiciliaria) en una pena (custodia de seguridad) con un fin preventivo especial negativo cuando le asigna como fin el evitar el riesgo o peligro de reiteración delictiva. Esta finalidad implica un quebrantamiento de la presunción de inocencia, pues autoriza al juez de control de garantías realizar un pronóstico que solo tiene sentido jurídico cuando la presunción ha sido desvirtuada mediante una sentencia condenatoria. En otras palabras, se faculta al juez para que decrete la medida cautelar personal en aquellos eventos en que considere necesario inocuizar o impedir al autor que cometa nuevos delitos, asumiendo respecto de él la perspectiva que el juez de conocimiento tendría en el momento de emitir la sentencia de condena. Esta causal no es otra cosa que la reafirmación de la idea de Jakobs según la cual el estatus de persona de alguien se derrumba cuando de manera reiterada se convierte en adversario, atacando o siendo infiel al ordenamiento jurídico, pues no de otra forma puede entenderse la asignación de fines punitivos a una medida estrictamente cautelar. La reiteración delictiva sería, al mejor estilo de Jakobs, la demostración de alguien que ha renunciado permanentemente a la fidelidad debida al derecho, por lo cual se requerirían frente a él medidas extremas, incluso a pesar de que tales medidas destruyan postulados esenciales del proceso penal conforme al Estado de Derecho. Así, la medida pierde su carácter puramente cautelar, orientado a asegurar ciertos fines del proceso, para transformarse en una sanción que anticipa fines reservados para un momento y una medida posterior.

Derecho penal y estados de excepción

El principio de legalidad penal es uno de los derechos humanos cuyo goce o disfrute, según lo dispone el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede ser suspendido ni siquiera en situaciones de excepción, así como tampoco puede ser limitado o restringido.

Ahora bien, la piedra angular de derecho penal de un Estado de Derecho, incluido el Estado constitucional, es el principio de legalidad penal. Este es una conquista de la ilustración para hacer frente a la arbitrariedad judicial. Solo los representantes del pueblo, depositario de la soberanía, democráticamente elegidos, tienen la facultad de

deliberar acerca de qué comportamientos serán materia de prohibición y cuáles estarán permitidos. El propósito de esta reserva legal es que sea la confluencia de las fuerzas representativas de los diferentes estamentos de una sociedad y no unos pocos los que tomen la decisión de expedir normas penales mediante las cuales decidan sobre lo prohibido y permitido. Que sean leyes preexistentes las que definan con precisión sobre tales ámbitos es garantizar que los ciudadanos conozcan con antelación, con certeza, que determinadas acciones están prohibidas por ser socialmente dañosas y que así puedan orientar su conducta conforme a derecho.

La anterior es una tradición jurídica acogida por las constituciones modernas, por las declaraciones y tratados de derechos humanos y por los intérpretes de estos últimos. En armonía con dicha tradición, al interpretar el significado de la expresión “leyes” en el marco del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que la

[...] expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. (Negrilla en el original)¹⁰

Según la jurisprudencia de derechos humanos, el ideal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es que sean leyes en sentido formal, esto es, aquellas normas jurídicas expedidas por el Congreso, Asamblea Legislativa o Parlamento, las que consagren restricciones al goce y disfrute de los derechos y libertades, entre las cuales se encuentran las normas penales.

En resumen, como el principio de legalidad penal, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debe ser interpretado en el marco de la obligación general de los Estados Partes contemplada en el artículo 1.1 y teniendo en cuenta el principio de efectividad de los derechos y garantías reconocidos en dicho tratado. El derecho enunciado no puede ser derogado o limitado ni siquiera en estados de emer-

¹⁰ La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 27.

gencia o excepción. Este elemento es relevante para este caso concreto a la luz de la Convención Americana. Más aún, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos solo autoriza introducir restricciones previstas en sus normas mediante leyes en sentido formal, como una garantía para la protección de los derechos humanos en el marco de la democracia representativa. Esta garantía no puede ser derogada ni siquiera en situaciones de excepción. El principio de legalidad derivado del artículo 9 debe ser interpretado a la luz del alcance que al artículo 30 ha sido otorgado por la jurisprudencia interamericana de derechos humanos a esta última disposición.

No obstante, en Colombia, ha sido una práctica, en el marco de la Constitución de 1991, apelar a los estados de excepción para adoptar reformas penales coyunturales respecto de ciertas conductas delictivas, aumentando las penas o introduciendo ajustes a la estructura típica de los injustos penales. Esas reformas han estado edificadas sobre la necesidad de dar respuesta a ciertas manifestaciones criminales que, según los gobiernos de turno, no han sido conjuradas mediante la aplicación de métodos ordinarios. Un ejemplo de ello lo constituye el decreto legislativo 4336 de 2008, dictado al amparo del decreto legislativo 4333 de 2008, por el cual fue declarado el estado de emergencia social en Colombia¹¹. En esta normativa, se consideró que diversas operaciones de captación de dineros del público se estaban realizando de modo reiterado por personas que no contaban con autorización de la superintendencia financiera o de economía solidaria para tal efecto, por lo cual tales hechos amenazaban con perturbar el orden público, para lo cual se requería ajustar las sanciones penales a los responsables.

Así las cosas, al amparo del estado de emergencia decretado, mediante el decreto legislativo 4336 de 2008, se modificó la estructura de varios tipos penales referidos a la captación masiva y habitual de dineros, aumentando la pena para esos injustos. Mediante sentencia C-224 de 2009, fueron declarados exequibles los artículos 1 y 2 del decreto citado, salvo la expresión “antes de la vigencia de esta norma”, consagrada en el artículo 2, la cual fue declarada inexecutable. El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva formuló un salvamento de voto a esta sentencia, en el cual planteó una aguda crítica a la decisión de la Corte desde la perspectiva de lo que es el contexto constitucional y el sistema de garantías derivados del bloque de constitucionalidad. Su conclusión fue que

[el] marco normativo que regula los estados de emergencia no le confiere al gobierno facultades para legislar en materia penal, las cuales deben ser explícitas por tratarse justamente de facultades de excepción. La interpretación extensiva y amplificadora que la Corte hizo del artículo 215 de la Carta, se aparta de la premisa que orientó al Constituyente de 1991

¹¹ Este decreto fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-135-09 de 25 de febrero de 2009, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

al regular esta materia, en el sentido de concebir los estados de excepción como una expresión del estado de derecho, sometidos de manera estricta a sus reglas; constituye un retroceso respecto de la pretensión que animó también el proceso constitutivo de regular de manera autónoma y diferenciada las diversas situaciones de crisis que desembocan en estados de anormalidad institucional, a fin de dar respuestas adecuadas e idónea; invirtió el principio de responsabilidad de los servidores públicos previsto en el artículo 6° de la Carta; y sucumbió a la tentación de avalar, la facultad de adoptar medidas penales de simple contenido simbólico, y por ende caracterizadas por su nulo efecto preventivo, pero con gran potencialidad de impacto sobre la restricción de garantías fundamentales.

Así mismo, el magistrado Humberto Sierra Porto también salvó su voto, señalando que, en el estado de emergencia, el Ejecutivo no podía crear o modificar tipos penales ni aumentar las penas, pues esta facultad solo estaba prevista en la ley estatutaria de la administración de justicia para el estado de conmoción interior, lo cual impedía aplicar analógicamente las reglas previstas para dicho estado de excepción a la emergencia social o económica.

Medidas penales de excepción como las enunciadas no solo tienen el defecto de la falta de estabilidad que posee la ley en sentido formal, por lo menos como una garantía de seguridad y tutela de la libertad, sino que también resultan incompatibles con la dimensión que el principio de legalidad tiene en el contexto de los artículos 9 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero, además, responden al intento de los gobiernos de tratar punitivamente con mayor severidad a los autores o partícipes de determinadas conductas delictivas, especialmente definidas como graves desde las esferas de los gobiernos de turno, negando de esa forma que sea la sociedad, a través del principio democrático, la que decida cuáles son las respuestas más adecuadas a los diferentes fenómenos criminales que acaecen en una comunidad.

La implementación del estado de excepción para reformar la ley penal es una patente de para los gobiernos de turno con los peligros que ello conlleva si tales gobiernos entienden la política en términos schmittianos, esto es, a la luz de la lógica amigo-enemigo, criterio que en las últimas décadas, específicamente en los últimos periodos presidenciales, ha alimentado la visión que se tiene alrededor del derecho y la política.

El *corpus* internacional de los derechos humanos: todos, sin excepción, deben ser tratados como personas

Jakobs, citado por Aponte, dirige una crítica, en el marco de la existencia de una noción de persona en sentido jurídico, a la “ficción de validez universal que de pronto convirtió a todos los seres humanos en personas en ese sentido jurídico –léase jurídico occidental– y les exige comportamientos de personas” (2005, p. 63). Según Aponte,

aquí no se trata de negar la posibilidad de extender universalmente la vigencia de los derechos humanos, solo se trata de saber qué se hace cuando se inflige dolor mediante el derecho penal a quienes no hacen parte de una estructura social determinada. Estas reflexiones de Jakobs forman parte del texto “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en el cual este autor establece una distinción entre crear un orden y mantener ese orden una vez creado. Jakobs habla aquí del postulado de vigencia global de los derechos humanos (2003, p. 54).

En el conjunto de sus reflexiones, Jakobs considera que la situación previa a la sociedad civil es la del estado de naturaleza, en la que no hay una personalidad reconocida o garantizada. De ahí que afirme que

[...] frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario legal, y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. (2003, p. 54).

Una vez se tiene al individuo, “se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos” y, en estos casos en los que se castiga a los vulneradores de derechos humanos, no se dirige una pena contra personas culpables, sino que ella es aplicada “contra enemigos peligrosos” (2003, p. 55). ¿Cuál es la diferencia entre lo que Jakobs llama un “enemigo peligroso” y aquello que el nacionalismo serbio llamaba una “metástasis dentro del cuerpo sano de nuestro pueblo”? (Kullashi, 2003, p. 79). ¿Qué diferencia existe entre una hiedra de cien cabezas y un “enemigo peligroso”?

Uno de los procesos políticos más importantes del siglo xx es la creciente constitucionalización de las relaciones internacionales. El surgimiento de instituciones y un tejido de relaciones que han configurado las bases de una “sociedad internacional” son hechos históricos a los que no puede renunciar una perspectiva de análisis basada en la evidencia y no en la conjetura. Es necesario conceder que no se trata de un sistema con instituciones al modo de los Estados nacionales, como Jakobs lo entiende, al cual articular las nociones de persona y el significado y fin de la pena estatal. Esto es lo que lleva precisamente a Jakobs a asegurar que el derecho penal internacional opera respecto de enemigos peligrosos y no sobre personas, pues esta categoría supone una estructura social por afirmar a la cual esté vinculado el individuo que padece la pena. Las sociedades que aplican la pena internacional a responsables de crímenes internacionales no pueden asegurar que están garantizando su propia estructura, pues el individuo en tales condiciones no pertenece a ella.

En derecho penal internacional, según Jakobs, la pena no tendría como fin garantizar o mantener un orden, pues este no existiría, sino establecer las bases para su creación. Habría que actuar para garantizar que los individuos peligrosos, quienes actúan en el estado de naturaleza, sean custodiados y pueda avanzarse en la configuración de un pacto social que, mediante instituciones propias de un Estado de derecho, asegure las condiciones de libertad y seguridad para los ciudadanos.

La perspectiva de Jakobs supone una concepción del derecho penal internacional enfocada a la actuación de los órganos internacionales encargados de aplicar el derecho penal a los responsables de crímenes internacionales, pero, además, sería una noción válida para contextos desestructurados en los que ya no es posible hablar de un sistema social, así sea en proceso de consolidación y, ciertamente, no cabría hablar allí de estructuras que deban ser garantizadas o afirmadas mediante la pena. Sin embargo, Jakobs parece pensar en situaciones límite o extremas en las que la ausencia de instituciones a las cuales esté vinculado el autor despeje el camino para que sociedades a las cuales no pertenece apliquen el derecho penal. Pero esta no es la mejor manera de entender la verdadera dimensión de la constitucionalización de las relaciones internacionales ni la naturaleza del derecho penal internacional.

La percepción de la constitucionalización de las relaciones internacionales en el mundo no es nueva. Radbruch ya había afirmado que la humanidad entera asumía una garantía solidaria en cuanto al carácter humano del modo de conducirse un Estado en una nación (1951, p. 155) y con tal frase auguraba el proceso de consolidación de contextos de sometimiento del poder de un Estado a normas jurídicas supranacionales por él consentidas o, lo que es más importante, normas jurídicas derivadas de los presupuestos racionales sobre los que descansa el concepto de dignidad.

Para Habermas, el “escenario posnacional se halla a medio camino de una progresiva constitucionalización del derecho internacional”. Así, en sociedades cuya complejidad es mayor cada día se transforma la “percepción que los Estados nacionales y sus ciudadanos tienen de sí mismos”. De ahí que aquellos actores que procedían en forma independiente hoy tienen que pensarse como integrantes de redes, de contextos de cooperación, así como partícipes de organizaciones vinculadas “mediante compromisos y expectativas normativas” (2008, p. 38).

La visión de Jakobs es la de Europa que mira el mundo desde sí misma, desde sus miedos, sus temores hacia la *burka*, y que desde el continente de sus miedos construye discursos generadores de estigmas adheridas a los protagonistas de lo extraño, lo que no se parece a las tradiciones de quien observa el mundo de esa manera. La noción de persona en Jakobs, concebida en función de un sistema social específico, es pensada por fuera de la transformada percepción que se ha forjado acerca de lo que significa ser “persona” en lo que Habermas llama el “escenario posnacional”. Transformación que ha operado

porque la visión europea acerca del derecho internacional desde la que Jakobs observa el entorno se enfrenta a una estrecha red de perspectivas del derecho internacional, en la cual han sido protagonistas fundamentales actores distintos a los Estados.

Pese a que el derecho parece huir en las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional, la tradición jurídica ha reconocido que incluso en estos contextos el principio de humanidad impone tratar al otro bajo esa condición, es decir, en el marco del postulado de dignidad humana. No solo las prescripciones sobre limitación de medios y métodos de combate, sino el hecho mismo de que las garantías judiciales formen parte del patrimonio consuetudinario y convencional que otorga una especial carta de naturaleza al derecho humanitario y que muestra una convergencia con el derecho internacional de los derechos humanos, permiten defender la idea según la cual los adversarios, si es que políticamente se puede hablar en esos términos, merecen ser tratados como personas, aun cuando impugnen el derecho.

El pensamiento forjado en torno a la cláusulas *martens*, en el sentido de que la falta de prescripciones normativas no significa un vacío que pueda ser utilizado para sustraer a las personas de la protección del derecho y de la reafirmación de su dignidad humana, también hace suponer que el derecho internacional humanitario es una barrera de contención de los esfuerzos que el poder punitivo realiza para producir fracturas en los cánones fundamentales del Estado de Derecho.

El hecho de que las garantías judiciales para personas privadas de la libertad con ocasión de un conflicto armado internacional y no internacional también hagan parte del derecho humanitario, que en el derecho internacional de los derechos humanos se haya afirmado que esas garantías son inderogables incluso en situaciones que pongan en peligro la vida de una nación (guerra exterior, conmoción interior, perturbaciones del orden público de otra naturaleza, etcétera)¹², es una razón suficiente para suponer que tanto el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como *corpus* normativo de protección de la persona humana, es un argumento en contra de quienes procuran introducir al discurso los elementos de concepciones del derecho penal que navegan en contravía de tales ámbitos del derecho internacional y que se empeñan en avanzar en la legitimación de prácticas sociales que representan un

¹² Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la siguiente opinión: "2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c)), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos". "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9".

inminente peligro para los propósitos de construir sociedades en las que el pacto social sea un compromiso con la civilidad y no con la violencia.

Los fundamentos de un discurso como el derecho penal de enemigo se enfrentan a un escollo: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional, así algunos tribunales internacionales los hayan empleado políticamente para avanzar en la expansión del derecho penal o neopunitivismo, no renuncian al reconocimiento del otro como alguien que debe ser tratado como persona, aun cuando impugna reiteradamente el derecho. Hasta ahora, no encuentro un argumento sólido para explicar por qué es posible negar a ciertos individuos el tratamiento como “personas”, pese a que el *corpus* internacional de los derechos humanos obliga jurídicamente a los Estados a tratarlos como tales.

El derecho procesal penal como tutela de los derechos fundamentales

Los estándares internacionales aplicables a un derecho penal, fundado en el respeto y garantía de los derechos humanos, son condiciones básicas para una verdadera tutela jurisdiccional de la libertad¹³ y no un método para lograr una “guerra más efectiva contra la criminalidad”. Entre otras cosas, porque si la experiencia enseña que la criminalidad no puede ser erradicada de la sociedad¹⁴ definitivamente, cualquier intento de definir y aplicar el derecho a partir de tal propósito lo único que asegura es que cada vez se avanzará más en el camino de la irracionalidad, un camino en el cual todo método es posible para llegar al final.

Lo único que puede esperarse de la configuración de un derecho penal, a partir de la emergencia, es la peligrosa expansión de una concepción según la cual el derecho penal debe servir a propósitos basados en una lógica idéntica a la de la guerra¹⁵. En el caso de la

¹³ Roxin ha señalado que el principio de formalidad del procedimiento se caracteriza porque establece “límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa” (2000, p. 2). Para este autor, la verdad no está dada de antemano y la culpabilidad es objeto de averiguación en el curso del proceso, por lo cual la necesidad de intervenir en la esfera de los derechos del imputado debe armonizarse con la exigencia de actuar con moderación frente a él, rodeándolo de amplias garantías que hagan posible la protección efectiva de sus derechos (2000, pp. 3-4).

¹⁴ Por tal razón, Aponte (2001, p. 67) sostiene que “Contrario al postulado eficientista, una visión garantista reconoce que el poder de regulación del derecho penal es siempre limitado”.

¹⁵ Un autor como Aponte señala al respecto que el “concepto general de ‘derecho penal de enemigo’ desarrollado por Günther Jakobs, sufre en el caso colombiano una variación sustancial: en nuestro caso, el ‘enemigo’ del derecho penal especial de emergencia, surge de un contexto político, social y jurídico, en el cual la guerra, vivida como conflicto armado interno y generalizada en grandes porciones del territorio nacional, constituye una realidad. Por ello, si bien dicho ‘enemigo’ es también

guerra librada por el derecho penal, se trataría de obtener beneficios a un costo difícil de tolerar en una sociedad fundada en el respeto y garantía de los derechos humanos. El derecho penal debería tener el efecto contrario: la construcción de un ámbito propicio a un control más efectivo de esa clase de derecho, es decir, que sirva para reducir el grado de flexibilización de los principios a que ha llegado el derecho penal de las sociedades contemporáneas. Si no podemos evitar el avance del derecho penal de enemigo, lo que sí podemos hacer es transformar el proceso penal en un ámbito de dominio de la razón que opere como límite del poder público en la esfera de los derechos humanos fundamentales.

El derecho penal debe ser el escenario de la justicia y no del recurso a la fuerza, de una justicia entendida como respeto y garantía de los derechos humanos en cualquier situación. En la justicia, solo puede haber espacio para ella misma y la razón, nunca para una concepción del derecho que trata de imitar a la guerra. ¿Por qué un derecho penal y procesal penal cuya base es la lógica de la confrontación armada? Nadie ha demostrado hasta ahora que el derecho penal pueda cumplir la misión que se le ha confiado. El derecho penal solo debe ser un espacio simbólico en el que los seres humanos se comuniquen sus propias pretensiones de justicia e intenten abrirle un espacio común al diálogo racional entre iguales. Nada más. Por ello, no es posible concebir un derecho penal que, en vez de servir a la idea de espacio de la justicia, lo que hace es disponer la fuerza como supremo recurso.

El derecho penal debe propiciar la comunicación entre personas y esto se puede lograr solo si se elimina la posibilidad de utilizar el lenguaje propio de la emergencia que únicamente conoce la lógica del amigo-enemigo. Cuando la legislación se concibe a partir de este tipo de lenguaje, se abandona cualquier posibilidad de ver en el “otro” u “otra” a una persona, a un ciudadano, que posee una pretensión de justicia particular y tan racional como la nuestra.

Conclusiones

Hemos mirado demasiado tiempo al “monstruo” y, al final, nos hemos convertido en un “monstruo”. En la búsqueda de respuestas al crimen, el camino ha estado lleno de aquello que algunos sectores sociales y políticos califican como espinas –así consideran algunos el derecho penal como sistema de garantías– y, por lo mismo, hemos decidido tomar senderos que permitan esquivar tales espinas. En esto se han convertido los límites formales del Estado de Derecho para los sectores mencionados. Lo desafortunado de todo esto es que esas renunciadas continuadas a los límites formales del Estado de Dere-

concebido en Colombia en el marco de una respuesta particular estatal a fenómenos similares al caso alemán, como es el caso de la criminalidad organizada por ejemplo, en nuestro caso ésta, y de manera general toda aquella criminalidad afrontada por nuestra justicia penal de emergencia, conserva a su sombra el conflicto armado interno” (1999, pp. 34-35).

cho han terminado por generar la convicción de que dichos límites pueden someterse a transacción. Esto ha hecho posible que, en nuestro país, durante años, se haya permitido la existencia de una legislación paralela que no conoce límite alguno o que las técnicas ilícitas para enfrentar al “adversario” sean admisibles a la luz de los fines que persiguen. El que hoy tengamos una legislación penal contraria a las garantías judiciales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en muchos aspectos es responsabilidad de una sociedad que cada vez es más tolerante frente a la burla a principios que constituyen el fundamento mismo del pacto social.

El derecho penal no puede servir solo a los fines señalados por Gimbernat Ordeig, en el sentido de ser una disciplina que suministra conceptos y criterios para lograr una aplicación segura y calculable del derecho penal¹⁶, sino además el verdadero mérito racional de la ciencia del derecho penal, si existe algo que se pueda denominar así, es la de permitir la crítica del derecho penal que es a la luz del Estado de Derecho. Esto significa, evaluar el impacto que sus propios discursos tienen en la tarea de construir un Estado de Derecho y de sentar las bases que alimente imaginarios sociales propicios a los derechos y garantías fundamentales, de tal forma que estas no sean entendidas, por la manipulada opinión pública, como obstáculos o “actos de alcahuetería” con el crimen, como erróneamente son asumidos los derechos fundamentales y los límites formales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por quienes consideran que lo que importa en la sociedad son los fines, abandonando de esa manera la urgencia de consolidar los controles políticos y jurídicos sobre los medios que se emplean para alcanzarlos. En un Estado de Derecho, los medios son tan trascendentales como los fines. La legitimidad de estos depende, en buena medida, de la legitimidad de los primeros.

Con un derecho penal –tal como fue configurado–, se ha aceptado la renuncia a ciertos límites formales del Estado de Derecho. En un país como el nuestro y con un gobierno como el actual, tan amigo de la confrontación armada y de las actitudes autoritarias, no resultaría extraño que se pida a la sociedad que renuncie a principios relacionados con la dignidad. La pregunta es: ¿estamos dispuestos a seguir tolerando renunciaciones a

¹⁶ La dogmática hace “posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación” (Ordeig, 1983, p. 27). Rocco, en una obra publicada en Italia en 1933, ya había planteado que la dogmática “nos ofrece el conocimiento dogmático del derecho mismo” (2009, p. 22). Así, “la ciencia jurídica construye dogmáticamente el sistema de los principios del derecho vigente. Y el conocimiento metódico y sistemático de tales principios es sobremanera útil para la fecunda y vigorosa aplicación del derecho”, por lo cual “ella hace orgánica la interpretación, de suyo mecánica, de la ley, y le proporciona al intérprete luz y claridad en los ambiguos silencios legislativos, en las tortuosas asperezas de la práctica, en la variedad y complejidad multiformes de los casos y hechos que se presentan” (Rocco, 1983, p. 23)

principios que no pueden someterse, bajo ninguna circunstancia, a transacciones de esa índole? Si las instituciones nos piden renuncias de esa clase son injustas y deben ser reformadas o abolidas. Este pensamiento no me pertenece, pero es válido para calificar la situación de las instituciones políticas colombianas.

Referencias bibliográficas

- Aponte Cardona, A. D. (2001). *Legalismo vs. Constitucionalismo: institucionalización de la función penal y superación de una antinomia*. En *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Observatorio de justicia constitucional de la Universidad de los Andes. Bogotá, Legis S.A.
- Aponte Cardona, A. D. (2005). *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá D.C., Temis.
- Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, Alianza Editorial.
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy, introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gimbernat Ordeig, E. (1983). *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*. Bogotá, Editorial Temis.
- Habermas, J. (2008). *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional* (1ra. ed.). Buenos Aires, Katz editores.
- Jakobs, G. (1997). "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". En *Estudios de derecho penal*. Madrid, Civitas-UAM.
- Jakobs, G. (2003). "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". En *Derecho penal del enemigo* (1ra. ed.). Madrid, Civitas.
- Jakobs, G. (2007). "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción". En Montealegre Lynett, E. (ed.). *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación, tomo II*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Kullashi, M. (2003). "Limpieza étnica en la ex-Yugoslavia". . *Praxis filosófica*, No. 16. Cali, . Universidad del Valle.
- Llobet Rodríguez, J. (1999). *La prisión preventiva*. San José, . Investigaciones Jurídicas S.A.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

- Polaino-Orts, M. (2007). "Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?". En Montealegre Lynett, E. (ed.). *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación, tomo II*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- Rocco, A. (2009). *El problema y el método de la ciencia del derecho penal* (2da. reimpresión, 3ra. ed.). Bogotá D.C., Editorial Temis.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.
- Sade, D. A. F. (1996). *Filosofía en la alcoba*. Bogotá D.C., FICA.
- Saint-Jus, L. A. L. (1987). "Acerca del juicio contra Luis XVI. Primer discurso sobre ese tema pronunciado el 13 de noviembre de 1792". En *El discurso jacobino en la Revolución Francesa*. Barcelona, Editorial Ariel.
- Schmitt, C. (2001). "Teología política I". En Orestes Aguilar, H. (ed.). *Carl Schmitt, teólogo de la política* (1ra. ed.). México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- Steinbeck, J. (2008). *El breve reinado de Pepino IV* (1ra. ed.). Barcelona, Navona.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Caso López Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
- Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

