

Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo*

Alejandro David Aponte**

RESUMEN

A partir del conflicto armado colombiano se reflexiona en torno al derecho penal de enemigo, y se contrastan sus características en éste y en otros países; concluyendo que el derecho penal de enemigo que se ha implementado en Colombia por más de cincuenta años, no ha resuelto ni mejorado ninguno de los problemas que pretendía enfrentar, sino que los ha intensificado. Dadas las particulares complejidades y paradojas del caso colombiano, el derecho penal se ha convertido en una "continuación de la guerra a través de medios civiles", donde el derecho penal de enemigo se presenta como un derecho penal político de la emergencia, como una máquina de producción de selectividad, edificada sobre normas de carácter simbólico que terminan siendo aplicadas a pequeños delincuentes o a personas inocentes. Adicionalmente, el enemigo es una construcción que puede diferenciar entre enemigos absolutos y enemigos relativos. La caracterización de estos últimos se evidencia en el caso colombiano, donde, a los enemigos, la decisión política los ha llevado a procesos de paz tras los cuales se les aplican regímenes jurídicos muy benignos.

—El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia presentada por el autor al congreso anual de abogados penalistas alemanes, celebrado en la ciudad de Frankfurt en el mes de marzo de 2006. En la mesa de trabajo sobre derecho penal de enemigo, el autor expuso junto a los profesores GÜNTHER JAKOBS de Bonn, JÖRG ARNOLD de Friburgo y FRANK SALIGAR de la ciudad de Hamburgo. La versión en alemán del presente texto, está publicada en la revista electrónica de derecho penal, HRRS, agosto-septiembre de 2006. Se presenta aquí el escrito en su formato original, adicionado con algunas notas a pie de página.

** Profesor titular de Derecho Penal General en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal de enemigo, derecho penal de la emergencia, enemigos relativos, enemigos absolutos.

SUMARIO

PRESENTACIÓN. 1. DESDE EL CASO COLOMBIANO HACIA UNA REFLEXIÓN CON INCIDENCIAS GLOBALES. 2. COLOMBIA: ENTRE LA PAZ Y LA GUERRA. 3. EL SÍNDROME DE LA EMERGENCIA. 4. EL ENEMIGO SIEMPRE ES UN ENEMIGO CONSTRUIDO. 5. ENEMIGOS ABSOLUTOS Y ENEMIGOS RELATIVOS. 6. DERECHO PENAL DE ENEMIGO: ¿DOGMÁTICA O POLÍTICA? 7. LA DES-INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PENAL. 8. MORE OF THE SAME: LA AUTORREPRODUCCIÓN SIMBÓLICA DE LAS NORMAS PENALES DE EMERGENCIA. 9. EL DERECHO PENAL DE ENEMIGO: UNA MÁQUINA DE SELECTIVIDAD. 10. HACIA UN DERECHO PENAL DEL CIUDADANO COMO DERECHO PENAL DE LA CONSTITUCIÓN.

Presentación

Es para mí un gran honor participar de este congreso anual de abogados penalistas de toda Alemania. Tuve la oportunidad de participar en el mes de septiembre del año pasado, en una discusión muy interesante patrocinada por la organización de abogados penalistas de Baden-Württemberg, junto a los profesores HEFFENDEHL y JÖRG ARNOLD, en un evento organizado por el Señor KLAUS MALEK. De igual manera, fui invitado al Dienstagsseminar en esta misma ciudad de Frankfurt. Fue una oportunidad para discutir con CORNELIUS PRITTWITZ, con WOLFGANG NAUCKE, con KLAUS GÜNTHER y ULFRID NEUMANN, autores que he trabajado para la elaboración de mi libro sobre el tema. También, el año pasado, tuve oportunidad de compartir inquietudes con WINFRIED HASSEMER, autor de especial interés para mi trabajo y con GÜNTHER JAKOBS quien, a pesar de las diferencias evidentes en nuestras posiciones frente al tema, ha estado siempre abierto al encuentro académico sincero.

Algunas de las preguntas suscitadas en estas discusiones conjuntas, están presentes en este texto y hacen parte de la exposición. También,

aquellas originadas en mi exposición en septiembre del año pasado en el Instituto Max-Planck en Freiburg, en una presentación organizada por JÖRG ARNOLD, colega y amigo, a quien agradezco por su apoyo y solidaridad desde hace varios años, cuando aún me encontraba terminando mi disertación doctoral en Saarbrücken, en el Instituto para derecho y filosofía social de la Universidad del Saarland, dirigido por el recordado y querido profesor ALESSANDRO BARATTA.

1. Desde el caso colombiano hacia una reflexión con incidencias globales

Mi exposición tiene como punto de partida y referencia concreta, el caso colombiano, pero no se limita tan sólo a este país. Se trata de una reflexión con carácter general, que se ocupa de temas que por su propia complejidad son comunes a la tradición de occidente. Además, de hecho, cuando se hace referencia al caso colombiano, necesariamente surge una comunicación con Europa y, más concretamente con Alemania, ya que la ciencia penal desarrollada en este país ha ejercido notable influencia sobre Colombia; de igual manera Italia y España, han ejercido una gran influencia. Por esta razón, además, causa preocupación en nuestro país y en general en América Latina, el crecimiento hoy de las tendencias meramente eficientistas y antidemocráticas en el derecho penal, que surgen en Europa, cuando en los países de América latina, luego de regímenes antidemocráticos, de un uso instrumental y meramente político del derecho penal, se busca consolidar sistemas penales democráticos y liberales, y basados en el respeto a los derechos y garantías.

Para los latinoamericanos, la herencia liberal de un derecho penal democrático e ilustrado, desarrollado en Europa, constituye un recurso permanente frente al paso agigantado de un pragmatismo eficientista y autoritario, algunas veces ligado a ciertos regímenes de herencia anglosajona, pero que hoy son cosecha también en la tradición continental.

A partir de la reflexión ligada al caso colombiano, se plantean interrogantes generales en relación con el derecho penal de enemigo y, con ello, se proponen discusiones relacionadas en general con el derecho penal, con las posibilidades de legitimación del mismo, con el carácter que asuma éste en un futuro. Al mismo tiempo, se pueden contrastar las características que asume el derecho penal de enemigo en el caso colombiano, con otros países. Se trata, eso sí, de una reflexión que surge de un caso concreto,

y no de meras divagaciones intelectuales. Precisamente, basado en la experiencia concreta que ha surgido del uso por más de cincuenta años de un derecho penal basado en la enemistad, se puede adelantar la conclusión más general de esta exposición: ningún problema serio de Colombia ha sido resuelto, ni se ha mejorado, a partir de la implementación del derecho penal de enemigo. Ni el narcotráfico, ni el secuestro, que es un problema muy serio en Colombia, ni las acciones terroristas, ni el crimen organizado, han sido efectivamente contrarrestados por este modelo autoritario de derecho penal. Al contrario, puede decirse con claridad y basado en la experiencia fáctica, que los problemas generados por estos delitos, se han agudizado con el uso indiscriminado del derecho penal de enemigo.

2. Colombia: entre la paz y la guerra

El punto de partida para estudiar el derecho penal de enemigo en el caso colombiano, es la necesidad de contextualizarlo, de ubicar su origen y cómo se ha desarrollado. En Colombia, la característica fundamental de un derecho penal de enemigo, es la existencia de grandes conflictos sociales y políticos. El punto de partida es una sociedad extremadamente conflictiva. Pero no se trata de cualquier conflicto; se trata, particularmente, de un conflicto armado interno. De un conflicto que tiene características similares desde el punto de vista fáctico, a una guerra civil, y que vive el país desde hace más de cincuenta años y en grandes extensiones de su territorio¹.

¹ En la discusión generada por la conferencia dictada por el autor de esta exposición en el contexto del "Dienstagseminar" en Frankfurt en julio de 2005, ULFRID NEUMANN formuló la siguiente pregunta: el punto de partida de un derecho penal de la enemistad en el caso colombiano sería la conflictividad, mientras que en el caso alemán o europeo, según la formulación de JAKOBS, sería el consenso, "¿qué consecuencias prácticas traería esta diferencia?" Se trata de una pregunta central. A juicio del autor de esta exposición, aunque suene ello en principio paradójico, la respuesta penal puede ser incluso más dura y menos ligada a los derechos y garantías, en una sociedad levantada sobre el consenso, que en una sociedad marcada por grandes conflictos sociales y políticos. En éstas, en un proceso de auto-reconocimiento sincero de la participación de todos en los múltiples conflictos, puede ser, como de hecho ha ocurrido muchas veces, que tanto la respuesta penal como la respuesta militar, sean eventualmente relativizadas y los enemigos sean vistos como enemigos relativos. En cambio, en una sociedad levantada sobre grandes consensos -aunque nunca verificables empíricamente- quien se desvía de ellos, puede ser tratado como un gran traidor: el traidor de los consensos. En este caso, no habría límites en el castigo, el enemigo se convierte en *no-persona* en un sentido absoluto.

No se trata de una guerra civil convencional, en la que están definidos con claridad los actores o enemigos; se trata, al contrario, de un conflicto armado degradado, oscuro y difuso, en el cual se mezclan muchos actores, guerrillas, paramilitares, narcotraficantes, etc. Es un conflicto armado despolitizado, desideologizado, pero que se vive como confrontación armada por apropiaciones territoriales. No son simples acciones terroristas, éstas también acompañan al conflicto colombiano; son verdaderos enfrentamientos militares con actores que buscan mantener presencia territorial en territorios apartados de las grandes capitales y que por tradición han sido abandonados por el Estado. En estos territorios los funcionarios estatales no son en la realidad quienes ejercen el poder, sino que han sido sustituidos por agentes particulares. Es un territorio feudalizado.

El Estado colombiano ha sido un Estado crónicamente sustituido en territorios alejados, en las grandes montañas, en las regiones selváticas. Incluso en territorios que no son tan apartados. No ha existido aquella condición que MAX WEBER, NORBERT ELIAS, HANS KELSEN establecieron para la consolidación del Estado moderno: la monopolización efectiva del poder y la territorialización efectiva del derecho. Por esa razón, utilizo en mis trabajos y de manera general, la categoría desarrollada por el sociólogo VON TROTHA en sus trabajos sobre la crisis, en el mundo entero y por diferentes razones, del monopolio estatal de la violencia. Esta categoría es: "la forma paraestatal de organización de la violencia", entendida ésta como autoridad o como poder; se trata de una sustitución paraestatal del ejercicio del poder².

Pero esta conclusión hay que matizarla. Es decir, no se pueden aplicar de manera automática categorías convencionales de la ciencia política o de la ciencia jurídica al caso colombiano. No se puede afirmar simplemente que se trata de una sociedad colapsada, que no hay ninguna institucionalidad, o que la democracia es meramente formal. Se trata de una sociedad aquejada desde hace años por diferentes tipos de violencia, pero en la cual existe una institucionalidad, un régimen con una Constitución Política muy rica y se trata de un país con un tribunal constitucional muy activo y muy decidido en su defensa de una mínima institucionalidad. Este hecho, las paradojas

² Sobre el uso de esta categoría en el contexto colombiano, véase el texto del autor escrito en lengua alemana y cuya versión actualizada en lengua española ha sido publicada en el mes de septiembre de 2006, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 54 y ss.

que suscita el caso colombiano, entre democracia y violencia, entre guerra y derecho, entre guerra y política, entre la guerra y la paz, son las que le otorgan gran complejidad a este país, y las que exigen su estudio con categorías propias y exigencias muy particulares.

En medio de estas paradojas, entre democracia y violencia, entre guerra y derecho, se coloca el derecho penal de enemigo. Por esta razón, no se trata de un topos difuso, de una elaboración conceptual, se trata de un caso concreto de uso del derecho penal en situaciones de guerra o de conflicto armado interno, y de violencias difusas que se retroalimentan entre sí; el enemigo en el marco de este derecho penal, no es el delincuente sexual, ni es un enemigo en abstracto, es un enemigo concreto: un enemigo de carácter militar³. Otra tesis se puede desarrollar para el caso colombiano: el derecho penal, en estas condiciones, se convierte en la continuación de la guerra a través de medios civiles, la justicia penal se convierte en una continuación de la confrontación violenta. Es claro que en estas condiciones, no se resuelven los conflictos, sino que éstos empeoran. En todo caso, no existe con ello la posibilidad para que el Estado actúe a través de una justicia penal neutral.

3. El síndrome de la emergencia

Para un observador extranjero del caso colombiano, causa siempre extrañeza observar que a pesar de las circunstancias de conflictividad del país, éste haya sobrevivido como un régimen democrático y que incluso experimente etapas claras de crecimiento económico en varios niveles. Mientras que en los años 60 ó 70, otros países del continente vivieron etapas de gobiernos militares y de golpes de Estado, Colombia se mantenía como una democracia. Esto es cierto, pero también lo es el hecho de que desde hace cincuenta años, ningún gobernante ha podido gobernar, sin

³ En una recensión del trabajo en alemán del autor de esta exposición, adelantada por el profesor de la Universidad de Leipzig, HENDRIK SCHNEIDER, este punto se destaca de manera especial. El autor, en efecto, subraya cómo a diferencia de los trabajos de JAKOBS, por ejemplo, en los cuales se aborda el tema como un "topos difuso" y en los que se cae en "divagaciones conceptuales", en el caso colombiano el derecho penal de enemigo es un hecho concreto, con consecuencias concretas y con exigencias muy reales también para la comunidad jurídica del país. HENDRIK SCHNEIDER, *Schriftung - reseña del libro: ALEJANDRO APONTE, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, en: HRSS, cuaderno 5, 2005, pp. 177-179.

hacer uso del estado de sitio o del estado de excepción. No han existido gobiernos militares que hayan sustituido los regímenes democráticos, pero ha existido un uso permanente del estado de excepción, que ha suspendido las normas constitucionales que preservan los derechos y garantías y que preservan el principio de separación de poderes. Ha sido, en este contexto, el poder ejecutivo el que ha concentrado el poder político y el que ha expedido una gran cantidad de normas penales de emergencia. Éstas no han sido generadas, como es el deber en una democracia, a instancia de la discusión parlamentaria, sino que han sido directamente emitidas por el poder ejecutivo.

La forma que tomó el derecho penal de enemigo en Colombia, durante esas décadas de gran agitación política en todo el continente, fue la de los consejos verbales de guerra. Se aplicó la justicia penal militar a los civiles. En muchos tribunales militares se juzgaron guerrilleros y subversivos. Y detrás de éstos, en numerosas ocasiones, se juzgaron civiles que no tenían nada que ver con la lucha armada. Desde esa época se desarrolló entonces otra característica que determina un derecho penal de enemigo: detrás del "gran enemigo" -en los años 60 y 70- el guerrillero, fueron juzgados miembros de sindicatos, abogados, miembros de organizaciones de derechos humanos, estudiantes, todos actores que no estaban ligados a la confrontación armada. Hoy, actualmente, el gran enemigo es el terrorista o el miembro del crimen organizado. Y también a su sombra, se castigan otros actores que se mueven en esa especie de "zona gris" que generan los conflictos degradados y no resueltos.

Ahora bien, el hecho histórico destacado, el uso permanente del estado de excepción, revela una característica central del derecho penal de enemigo en Colombia. Éste es expresión directa de la emergencia. Ha sido fruto de legislaciones penales emitidas en virtud del estado de excepción. Es un derecho penal de la emergencia. Como tal, fruto de decisiones, sobre todo de la decisión sobre el estado de excepción, que está siempre en cabeza del poder ejecutivo. El derecho penal de la emergencia, como expresión concreta del derecho penal de enemigo, es en esencia entonces, un derecho penal político. Está ligado a decisiones políticas. La decisión sobre el estado de excepción es, sobre todo, una decisión política; lo es más aún, la decisión sobre quién será el destinatario de la norma penal de emergencia. Hay dos decisiones entonces que subyacen al derecho penal de enemigo como derecho penal político: la decisión sobre el estado de excepción y la decisión sobre el enemigo al cual se van a dirigir las normas.

Este hecho, que ha sido por tradición fundamental, debe matizarse hoy, en el sentido en que es necesario trabajar con un concepto más amplio de emergencia, no solamente ligado al uso de los estados de excepción. Es decir, también son legislaciones de emergencia, aquéllas que se originan en el parlamento o que pueden tener su origen en proyectos de la Fiscalía, pero que claramente son normas paralelas, destinadas a contrarrestar o a dar tratamientos específicos y particulares a ciertos enemigos, que por ende se dirigen concretamente a algún actor de la violencia y que obedecen sobre todo a coyunturas políticas muy particulares.

4. El enemigo siempre es un enemigo construido

En virtud de las decisiones que se toman en el contexto de los estados de excepción, en virtud de la lógica de las normas de emergencia dirigidas contra actores específicos, se puede concluir lo siguiente: el enemigo siempre es un enemigo construido. Hay siempre una decisión sobre la enemistad y sobre el enemigo. Ésta no es, desde luego, una característica sólo del caso colombiano, es general. A la pregunta hecha por ejemplo por HEFENDEHL en un trabajo sobre crimen organizado, acerca de qué es realmente "criminalidad organizada", a la pregunta, en consecuencia sobre quién es el que comente ese crimen, se puede contestar: es una decisión, eminentemente política además, la que define quién es el enemigo y cómo será éste tratado⁴.

⁴ ROLAND HEFENDEHL, "Organisierte Kriminalität für ein Feind- oder Täterstrafrecht?", en *Strafverteidiger*, año 25, cuaderno 3, marzo de 2005, pp. 156 y ss. Éste fue uno de los aspectos más discutidos en el contexto de las diversas conferencias dictadas por el autor de este escrito en Alemania, en el verano de 2005. En el *Dienstagseminar* en Frankfurt, reseñado previamente, NAUCKE y NEUMANN insistieron en este aspecto central. Ello tiene que ver con el punto de partida diferenciado entre el conflicto -en el caso colombiano- o el consenso, en el caso europeo. Para NEUMANN, según JAKOBS, el enemigo es quien se comporta como tal. Ésta es la conclusión que no se comparte en esta exposición. También y de manera especial, en el marco de la conferencia dictada en el Instituto Max-Planck para derecho penal internacional de Freiburg, en septiembre de 2005, se volvió al mismo aspecto. Ésta vez, la conclusión, desde el caso colombiano, según la cual el enemigo es ante todo una construcción, fue compartida, además, por profesores que provienen de países con problemas complejos, como es el caso de Italia. En este país, en el mes de julio de 2005, e inmediatamente después del atentado en Londres, se expidió de nuevo una Ley antiterrorista, muy criticada por sus efectos meramente simbólicos y retóricos. Es la retórica de la emergencia basada en la construcción de enemigos.

Es por ello una ingenuidad pensar que el enemigo es sobre todo el que se comporta como tal. Es cierto que en el caso de un gran terrorista por ejemplo, en el caso de un suicida, de un genocida también, ellos se comportan como delincuentes extremos. Pero éstos no son los casos generales. En un ámbito tan difuso como es el que constituyen las normas contra el crimen organizado, contra el narcotráfico, contra el lavado de activos, contra el terrorismo, el contenido real de esas normas y sobre todo a quién ellas se dirigen, es definido por una decisión. El enemigo no es el que se comporta como tal necesariamente, sino el que es definido como tal⁵.

La categoría desarrollada por la criminología, la noción de "poder de definición", puede ser de ayuda en este caso. Y corresponde a cada país y a cada sociedad, ubicar en dónde se ubican los centros de definición. En el caso colombiano, es claro que por ejemplo en relación con el narcotráfico, no corresponde enteramente a nuestro gobierno definir quién realmente lo es y cómo va a ser castigado, son decisiones que se toman en centros de poder que ni siquiera están ubicados en el país.

5. Enemigos absolutos y enemigos relativos

El hecho de que se reconozca y se sepa que el enemigo es sobre todo un enemigo construido, permite entender que el enemigo es situacional, coyuntural, el enemigo de hoy no es necesariamente el de mañana. Pero permite entender un hecho aún más interesante: hay enemigos relativos y enemigos absolutos. En un escenario conflictivo como es el caso colombiano, se permite entender esta diferencia. No siempre el derecho penal de enemigo se utiliza contra un enemigo considerado como absoluto, contra el que es considerado el gran terrorista por ejemplo. En muchas ocasiones, al contrario y esto es también derecho penal de enemigo, frente a ciertos actores que la decisión política ha llevado a un proceso de paz por ejemplo, se han utilizado amnistías e indultos y, en general, frente a ellos se han aplicado regímenes jurídicos muy benignos. Tanto para guerrilleros como hoy para los paramilitares, se han aplicado regímenes especiales

⁵ A la pregunta hecha por HEFENDEHL, él mismo contesta: "¿Qué es crimen organizado?: no lo sabe nadie". "Se habla de la mafia china, de la camorra, pero nadie sabe a qué exactamente se refiere uno cuando alude a esto", ROLAND HEFENDEHL, "Organisierte Kriminalität für ein Feind- oder Täterstrafrecht?", cit., p. 156.

más benevolentes. El principio general para esta concesión, ha sido el reconocimiento del carácter político de sus actos. Pero este reconocimiento es eminentemente político, es independiente de los actos cometidos, opera como base de una decisión política.

6. Derecho penal de enemigo: ¿Dogmática o política?

Esta conclusión anterior nos lleva a otra también fundamental: las respuestas a cómo opera en la práctica el derecho penal de enemigo como derecho penal político de la emergencia, no están dadas por la dogmática penal. Ésta es otra ingenuidad: abordar un modelo de reacción punitiva eminentemente político, a partir de categorías dogmáticas, es una operación fallida. Pero el problema es mucho más complejo y tiene que ver con una pregunta que es reiterada y que la hizo a este autor el profesor NAUCKE en el año 2005 y que la hicieron varios abogados en Freiburg: ¿puede ser considerado el derecho penal de enemigo, en tanto derecho penal político, derecho coyuntural, situacional y en general, alejado de los derechos y garantías, en el cual se sustituye el delincuente por el enemigo y se lo juzga por fuera del contrato social, como derecho derecho?

Es una pregunta desde luego inquietante, pero es quizá más relativamente fácil de contestar en escenarios donde opera en la práctica este modelo y donde no se trata de una mera especulación teórica. Para contestar la pregunta, es necesario tener en cuenta lo siguiente. Ha existido en Colombia un gran esfuerzo de los abogados que han tenido que actuar durante casi diez años en la década de los 90, en el marco de un proceso penal de emergencia, denominado "justicia sin rostro". Ésta, el modelo más acabado en la historia reciente de un derecho penal de enemigo, se caracterizó por el hecho de que todo era secreto: pruebas secretas, fiscales, jueces, testigos y peritos secretos. Se trató de un proceso penal con una severa restricción de derechos y garantías. Y sin embargo los abogados actuaron en ella tratando de preservar un mínimo de garantías procesales.

También la Corte Constitucional hizo un esfuerzo valiente por ajustar a la ley y a la Constitución Política algunas de las figuras más complejas y polémicas de la justicia sin rostro. ¿Podría decirse, en este caso y como crítica, que se trata de acto de legitimación del tribunal el esfuerzo por relativizar los efectos de una justicia especial muy severa? O se trata, más bien, de un esfuerzo valiente, en medio de toda clase de presiones. Aquí hay que aclarar que en muchas ocasiones, la Corte Constitucional

de Colombia ha sido convertida por el poder ejecutivo y por el legislador de excepción, en una especie de enemigo de la "lucha contra el crimen organizado" o contra el terrorismo. Ésta es también una característica del derecho penal de enemigo: en su tendencia a ser una reacción coyuntural, incluso un sujeto institucional, como es un tribunal constitucional, puede ser convertido en "enemigo".

El dilema es: ¿o se opone el tribunal constitucional a la legislación penal de emergencia en bloque y es puesto en la picota pública por el poder ejecutivo como un obstáculo en la "lucha contra el terrorismo" o contra el crimen organizado, o hace equilibrios para minimizar los efectos de un derecho penal antiliberal y antidemocrático, sabiendo que no puede oponerse totalmente? Todas las decisiones sobre estos temas del tribunal constitucional en los últimos 15 años han estado marcadas por este dilema.

Pero en este ejercicio se ha producido otra perversión: el tribunal constitucional se ha convertido en una especie de co-decisor sobre los estados de excepción y también entra a definir quién es el enemigo y qué carácter tiene, si es relativo o absoluto. Ello no es sano, desde luego, para una democracia. Surge así una intervención exagerada y en extremo politizada del juez constitucional que puede ser disfuncional. Pero así se ha dado hasta ahora esta dinámica y, para bien de un derecho penal de la Constitución, el tribunal constitucional ha limitado los efectos prácticos de la legislación de emergencia.

7. La desinstitucionalización de la función penal

La reflexión anterior se liga a una pregunta que se me ha hecho reiteradamente en los foros internacionales sobre el tema: ¿Es mejor de todas maneras, en una sociedad tan conflictiva, la existencia de un derecho penal de enemigo, incluso limitado por la tarea de los jueces, que la inexistencia absoluta de una legislación penal? Ésta es también una pregunta muy inquietante. En una nación, en la cual en muchos de sus territorios rige una especie de paradigma de la autodefensa, en los cuales el ciudadano común está abandonado a la suerte que le imponen los actores armados que sustituyen el Estado, en los cuales opera un "orden paraestatal" del poder o de la autoridad, es desde luego mucho mejor poseer un régimen penal autoritario, que no poseer ninguno. Pero ello no puede ser ningún consuelo, ya que este ejercicio de resignación trae consigo efectos perversos.

Un ejemplo concreto de ello: se presenta en un lugar apartado, en una región selvática por ejemplo, una operación de rescate del ejército y de la policía, de una persona secuestrada. Se presenta un enfrentamiento armado entre los secuestradores y las fuerzas estatales. Si no existe ningún tipo de reglamentación jurídica, así sea mínima, es posible que los secuestradores sean por ejemplo muertos, una vez se han rendido. O es posible que sean capturados para ser torturados. Pero si existe un tipo de regulación jurídica, mínima, aunque autoritaria, los secuestradores pueden ser entregados a las autoridades y allí ser juzgados sin muchas garantías, como enemigos, pero sus vidas son por lo menos respetadas. Se trata, desde luego, de una escogencia perversa, pero esos son los verdaderos dilemas que origina hoy el derecho penal político de enemigo.

Ahondando en estos dilemas, se encuentra que la escogencia mencionada se vuelve en la práctica en una escogencia meramente formal. Es decir, el problema central del derecho penal de enemigo, es que él mismo lleva en sí siempre el peligro de convertirse en una mera respuesta de facto, en un ejercicio desinstitucionalizado de la reacción penal. Si, como lo establece WALTER BENJAMIN por ejemplo, en todo ordenamiento jurídico existe una violencia creadora del derecho y una violencia que preserva el derecho, de tal forma que en todo sistema jurídico existe una violencia que es necesaria para mantener el mismo derecho, este tipo de violencia, puede convertirse al mismo tiempo en la amenaza del orden jurídico. El poder, necesario para preservar el derecho, se convierte en su propia amenaza, ya que es un poder que puede volverse ilimitado, desinstitucionalizado.

Este hecho fundamental, inherente a todo sistema del derecho penal como tal, sea el que sea, se torna más grave en el caso de un derecho penal de enemigo: aquí, la violencia que requiere ser ejercida para mantener este tipo de modelo, por esencia contrario a los derechos y garantías y, por lo tanto, casi ilimitado en la práctica, siempre puede excederse y reemplazar el tipo de derecho que se ha instaurado. Por esa razón, el derecho penal de enemigo, se convierte en la realidad en un instrumento ilimitado de ejercicio de poder, más allá incluso de la buena o mala voluntad que tenga un policía, un fiscal o un juez para limitar sus consecuencias.

Esta realidad se hace más grave en escenarios de conflicto, en los cuales el derecho penal de enemigo se convierte en la continuación de la guerra por otros medios. En este caso y volviendo a la situación que se acaba de comentar, el carácter de no-ciudadano, de enemigo, se traslada a la actuación del policía o del soldado, quien puede decidir adelantar alguna

acción contra la vida o integridad del secuestrador que se rinde, pues en todo caso se trata de una actuación en el marco de un régimen jurídico totalmente desinstitucionalizado.

8. More of the same: la autorreproducción simbólica de las normas penales de emergencia

De acuerdo con las consideraciones anteriores, es tarea de los juristas en Colombia, no sólo buscar la manera de limitar el derecho penal de enemigo, sino de instaurar un auténtico derecho penal de la Constitución. Un derecho penal que no sea la continuación de la guerra por otros medios, que no produzca víctimas que se conviertan en grandes chivos expiatorios, que no profundice los conflictos; que sea de alguna manera efectivo para la solución de los mismos. Además, que no genere falsas expectativas en la comunidad social.

Ésta es precisamente otra de las características del derecho penal político de emergencia, en tanto derecho penal de enemigo: como no alcanza a resolver de manera efectiva ningún problema grave, la respuesta ante la desilusión social, es la emisión de más y más normas. Éstas se reproducen y se legitiman de una manera simbólica, autodiscursiva; se afirman sobre sí mismas, sin ningún efecto social. A mayor desilusión, mayor inflación normativa, problema éste que es común hoy a todos los países que impulsan este modelo de derecho penal autoritario.

La tarea anunciada, ligada al impulso valiente de un derecho penal liberal y de la Constitución, la defensa de un auténtico derecho penal del ciudadano, es la tarea que hoy por ejemplo, asume con mayor vigor el tribunal constitucional colombiano. En el año 2004, con apenas una mayoría de 5 a 4, dicho tribunal declaró inconstitucional un nuevo estatuto antiterrorista para el país, en el que ya no se trataba simplemente de normas de excepción, sino que se trataba de una reforma constitucional: cambios radicales desde la misma Constitución, en función de la permanencia absoluta de un derecho penal de enemigo. A pesar de todas las presiones, que eran también internacionales, la Corte tomó una decisión valiente. También, en relación con el nuevo sistema penal acusatorio, que rige desde el año 2005, la Corte y los nuevos jueces del sistema, han dado prevalencia al principio de libertad sobre el principio de autoridad. De manera general en América Latina se vienen impulsado reformas a la legislación penal, basadas en los principios constitucionales y en el derecho internacional

de los derechos humanos. Se trata de una apuesta muy concreta y en la cual están involucrados todos los sectores que conforman la comunidad jurídica.

9. El derecho penal de enemigo: una máquina de selectividad

Además de las razones anotadas, de los efectos perversos que causa en una sociedad un modelo de reacción punitiva basado en la enemistad, en el cual el ciudadano es sustituido por el enemigo y con base en el cual el sindicado se convierte más en un enemigo de carácter militar, que un procesado amparado en el principio de inocencia, un hecho es hoy fundamental para rechazar las tendencias que desean imponer este modelo autoritario de derecho penal. El derecho penal de enemigo es, ante todo, una máquina de producción de selectividad. Como se trata de un modelo en extremo politizado, cuyas figuras y normas no obedecen a dictados de la dogmática, como se trata de una reacción coyuntural, volátil, situacional, en él no son juzgados, realmente, aquellos que en el discurso que legitima este modelo de reacción penal, aparecen como destinatarios de sus normas.

No son los grandes terroristas, ni los grandes capos del narcotráfico, ni del crimen organizado, ni los grandes secuestradores, aquéllos que son juzgados en la realidad. Éstos se encuentran por fuera del alcance de la norma penal, no hacen parte del circuito de aplicación de la ley, bien sea porque se trata de actores armados que combaten al Estado y que se ocultan en terrenos apartados, o bien sea porque se trata de grandes delincuentes que presionan de manera tal al Estado, que no son sujetos de aplicación de la norma penal. Ocurre, frente al derecho y la violencia, un hecho paradójico: entre más violencia un actor ejerza contra el Estado y la sociedad, con menor severidad será tratado; al contrario, si la violencia que ejerce no es tan grande, puede ser sujeto de una reacción más endurecida. Por esa razón, el derecho penal de enemigo no es un arma de lucha contra la gran delincuencia, ello es pura retórica. Es un modelo edificado sobre normas de carácter simbólico que terminan siendo aplicadas, selectivamente, a pequeños delincuentes o, simplemente, a personas inocentes. De hecho, en el presente gobierno, en los primeros años de mandato, fueron una práctica reiterada, las capturas masivas, por ejemplo. En un territorio con presencia de actores armados, se captura a 20 ó 30 personas simultáneamente con la acusación de tener nexos con la guerrilla, son presentados como

auxiliadores de actores armados en los medios de comunicación y luego los fiscales o los jueces pueden ordenar su libertad, cuando el daño moral y económico se ha producido; en diversas decisiones, se ha establecido que el 90 ó 95 % de estas personas, no tienen nexo con los grupos armados. Es, como se ha dicho, un motor de producción de selectividad y de generación permanente de víctimas que son chivos expiatorios.

Así, no sólo no se resuelven los conflictos y se agudizan, sino que se involucran nuevos sujetos al conflicto mismo, en razón a una aplicación selectiva de normas inconstitucionales. Cuando a un pequeño delincuente, que es un eslabón medio dentro de una banda criminal, o dentro del narcotráfico, se le trata con la severidad de normas dirigidas contra enemigos, éste puede convertirse efectivamente en un verdadero y gran criminal. De esta manera se pierde este individuo para el Estado y el derecho, no se puede recuperar. Son víctimas que luego pueden ser victimarios, por fuerza del mismo orden jurídico. Es una práctica que se hace más perversa aún, si la víctima, como chivo expiatorio, es convertida, además, en una especie de inferior moral. Se trata del proceso que he descrito como "moralización del enemigo", muy común hoy a los discursos totalizantes y absolutos ligados a las legislaciones antiterroristas. El enemigo moral es siempre y por excelencia, recuérdese hoy frente al choque cultural atroz que se presenta en el mundo occidental, un enemigo absoluto: frente a él no existen límites en la reacción punitiva⁶.

10. Hacia un derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución

Como se dijo en un principio, desde América Latina se miran con extrañeza las tendencias que hoy parecen abrirse paso en algunos países de Europa, relacionadas con el impulso a legislaciones antiterroristas y contra el crimen organizado, que constituyen en realidad, formas del derecho penal de enemigo. Mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales

⁶ Este aspecto, la *moralización del enemigo*, es un hecho destacado de manera especial en el libro ya citado del autor. Lo es aún más, con nuevos elementos involucrados a partir de discusiones muy fuertes hoy en Europa sobre los "efectos del odio", sobre las relaciones entre la maldad y el odio, etc., en la versión en español del texto. Véase, al respecto, ALEJANDRO APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht...*, cit., pp. 312 y ss.

y al derecho internacional de los derechos humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios. Es una paradoja perversa en un contexto de globalización del derecho. Mi presencia en este escenario no tiene sentido tan sólo como un mero ejercicio académico e ilustrado, o como exposición de un caso útil al derecho comparado, sino que adquiere auténtico sentido, si expresa con claridad y desde un caso concreto, la necesidad de preservar un auténtico derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución, como única contribución eficaz para una aproximación más sobria, menos retórica e ideológica, a los graves conflictos que padecen en grados diversos nuestras sociedades.