

# DERECHO PENAL Y CASTIGO. UNA EXCUSA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

CRIMINAL LAW AND PUNISHMENT: AN  
EXCUSE FOR THE PROTECTION OF HUMAN  
RIGHTS IN A RISK SOCIETY

DIREITO PENAL E CASTIGO. UMA DESCULPA  
PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS  
NA SOCIEDADE DO RISCO

YENNESIT PALACIOS-VALENCIA\*

\* Abogada. Especialista en Cultura Política y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Magíster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Magíster en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Profesora de la Universidad Santo Tomás, Medellín. Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad. yennesit.palacios@gmail.com

---

RECIBIDO 4 DE FEBRERO DE 2013. ENVÍO A PARES 12 DE FEBRERO DE 2013.

APROBADO POR PARES 5 DE ABRIL DE 2013. ACEPTADO 1 DE MAYO DE 2013.

---

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO  
PALACIOS VALENCIA , YENNESIT, "UNA EXCUSA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO", EN DÍKAION 22-1 (2013), PP. 131-157.

## RESUMEN

Este escrito visibiliza la actual tendencia del derecho penal, donde los derechos humanos son utilizados como excusa para legitimar medidas extremas de seguridad ante la moda del “peligro”, soportando así, la base jurídica del modelo de derecho penal de la seguridad ciudadana. Esta tendencia permite activar la justicia penal en diferentes ámbitos cuando se trata de perseguir a los “enemigos”, lo que, en ocasiones, trae como consecuencia directa violentar los derechos humanos, con la creación constante de normativa que paradójicamente también vulnera los mismos por la lógica del castigo. Estos argumentos permitirán concluir, que se acude a un debilitamiento de las garantías penales en detrimento de los derechos humanos, los cuales son utilizados, bien, como herramientas para impulsar procesos emancipadores, o, como instrumentos para manipular el poder y justificar actos de barbarie por la exageración del poder punitivo.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos, derecho penal del enemigo, Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad, sociedad del riesgo.

## **ABSTRACT**

The current trend in criminal law where human rights are used as an excuse to legitimize extreme security measures in response to the “danger” craze is examined in this paper. It is a trend that supports the legal basis for a kind of criminal law focused on public safety, one that facilitates criminal justice in different areas when it comes to pursuing “enemies,” which sometimes results directly in a violation of human rights, with the constant creation of rules that paradoxically also threaten those rights by virtue of the logic behind the punishment. The conclusion, based on these arguments, is that criminal guarantees or safeguards are weakened to the detriment of human rights, which are used either as tools to promote emancipation processes or as instruments to manipulate power and to justify barbaric acts stemming from an exaggeration of punitive power.

### **KEY WORDS**

Human Rights, Criminal Law of the Enemy, International Criminal Court, Security Council, Risk Society.

## RESUMO

Este artigo visibiliza a atual tendência do direito penal, na qual os direitos humanos são utilizados como desculpa para legitimar medidas extremas de segurança ante a moda do “perigo”, suportando, assim, a base jurídica do modelo de direito penal da segurança cidadã. Essa tendência permite ativar a justiça penal em diferentes âmbitos quando se trata de perseguir os “inimigos”, o que, em ocasiões, traz como consequência direta violentar os direitos humanos, com a criação constante de normativa que paradoxalmente também os vulnera pela lógica do castigo. Esses argumentos permitirão concluir que se recorre a um debilitamento das garantias penais em detrimento dos direitos humanos, os quais são utilizados como ferramentas para impulsionar processos emancipadores ou como instrumentos para manipular o poder e justificar atos de barbáries pela exageração do poder punitivo.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direitos humanos, direito penal do inimigo, Corte Penal Internacional, Conselho de Segurança, sociedade do risco.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ¿PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS ES VIGILAR Y CASTIGAR?; 3. EL DERECHO PENAL, UNA ESTRATEGIA PARA REDUCIR PELIGROS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO; 4. DE LA PUNIBILIDAD NACIONAL AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL; 4.1. EL CONSEJO DE SEGURIDAD COMO ÓRGANO POLÍTICO QUE PUEDE ACTIVAR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL; 4.1.1. UNA RELACIÓN NECESARIA PERO PELIGROSA; 5. REFLEXIÓN: ¿QUÉ RESTA POR HACER?; BIBLIOGRAFÍA

*“El violador de los derechos humanos  
es transformado en un monstruo,  
en una bestia salvaje que se puede eliminar  
sin que haya la más mínima cuestión de derechos humanos.  
Pierde hasta el carácter de ser humano.  
La relación es como aquella entre San Jorge y el dragón.  
La responsabilidad por el aniquilamiento la tiene quien es aniquilado.  
Quien aniquila, en cambio, tiene el poder e igualmente  
el honor de respetar los derechos humanos.  
Es el prócer de los derechos humanos,  
y la sangre que vierte, lo purifica”.*  
Franz J. Hinkelammert

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal en la actualidad aborda una difícil tarea, pese a la carga dramática que lo caracteriza al tutelar, por una parte, “los intereses sociales indispensables para una convivencia civilizada prohibiendo las conductas de intolerable antisociabilidad que los afectan, y por otra, contempla las penas más drásticas de todo el ordenamiento jurídico, tales como la prisión (en muchos países la pena de muerte, y en ciertos regímenes islámicos la mutilación)”<sup>1</sup>.

Además de lo anterior, las tendencias en el derecho penal moderno experimentan un modelo de derecho penal para la seguridad ciudadana<sup>2</sup>, lo cual ha dado lugar a políticas que justifican la supuesta emergencia global de los últimos tiempos, excusándose en el sentimiento colectivo de inseguridad, circunstancia que usa de manera directa a los derechos humanos (DDHH) para poner a prueba vías jurídicas en formación, que en ocasiones son poco respetuosas de los mismos.

Lo cierto es que en el derecho penal “como ámbito del derecho más perdurable, las modificaciones normativas deben ser reflexionadas cuidadosamente, y tomarse el tiempo necesario para ellas”<sup>3</sup>, pues esta es el área del derecho que dispone las sanciones más severas frente a las lesiones normativas<sup>4</sup>. Pero es igualmente cierto que el poder penal ha sido y es “dependiente en sus formas y en sus con-

1 Luis DE LA BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997, p. 11.

2 José DIEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada. Estudios y debates en derecho penal*, dirigida por Jesús M. SILVA SANCHEZ, Montevideo, B de f, 2007, p. 69.

3 Winfried HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, trad. Patricia S. Ziffer, 2003, p. 18.

4 *Ibid.*, p. 19.

tenidos de un determinado modelo histórico de sociedad [...]. De manera que su adecuación y validez están condicionadas por la subsistencia del modelo de sociedad que lo sustenta”<sup>5</sup>.

Este estándar también afecta las garantías mínimas exigidas cuando se abusa y se cae en un uso extralimitado del poder punitivo, transgrediendo los derechos que precisamente son la excusa de su perdurabilidad, con lo cual la peligrosidad de los instrumentos por emplear para la protección de bienes jurídicos de vital importancia colocan al derecho penal en una relación especial, no solo para la protección de derechos humanos fundamentales, sino también respecto a las instituciones que lo sustentan.

Lo expresado será precisamente el hilo argumentativo que se desarrollará en este escrito para describir cómo la creación de normativa en materia penal está direccionada por el constante desarrollo de políticas de seguridad que van de la esfera nacional a la internacional, siendo blanco directo la aplicación del denominado derecho penal del enemigo, circunstancia que llama la atención por la manera como se utilizan los derechos humanos<sup>6</sup> para justificar medidas que en ocasiones violentan los mismos y sirven de excusa para activar la justicia penal ante la denominada sociedad del riesgo.

## 2. ¿PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS ES VIGILAR Y CASTIGAR?

Se puede decir que el control penal es el termómetro de los derechos humanos<sup>7</sup>. Aunque siempre ha sido represivo, todavía las medidas inmediatas de control predominantes siguen siendo aquellas que ven como respuesta un sistema que quiere resolverlo todo a través de la punición, con lo cual se puede observar con toda certeza que el tema de la protección efectiva de los derechos humanos en el orden global se encuentra en franco debilitamiento<sup>8</sup>, pues se vigila cualquier comportamiento sospechoso, no solo al delincuente común, sino a cualquiera que piense y esté en contra del sistema dominante, pues como describe FOUCAULT, hay que *vigilar y castigar*<sup>9</sup>.

Así en las últimas décadas, como expresa el profesor ZAFFARONI<sup>10</sup>, se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada *política criminal*, o más precisamente, *política penal*, pues el tema del enemigo de la

5 Luis GRACIA MARTIN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2003, p. 52.

6 Yennesit PALACIOS VALENCIA, “El derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Costa Rica 21 (2) (julio-diciembre, 2010), p. 31.

7 Lola ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, prólogo de E. Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, p. 105.

8 F. RIQUERT y L. PALACIOS, “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”, En *La Ley, Revista Universitaria*, 3 (2003), pp. 1 y ss.

9 Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, trad. Aurelio Garzón del Camino, 2002, p. 77.

10 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

sociedad pasó a primer plano de discusión. Lo anterior se soporta, además, en una tendencia de marea legislativa con variables reformas penales, procesales y penitenciarias. Con ello, “el reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal”<sup>11</sup>.

Lo anterior, porque la realidad demuestra que ante la vulneración de derechos humanos y más aún, ante la configuración de crímenes internacionales<sup>12</sup>, es necesario y apremiante un pronto castigo. Por tanto, se desarrollan en ocasiones medidas extralimitadas de control, características que desde antaño vienen impregnadas en el derecho penal, pero no le restan el carácter simbólico a su práctica habitual. Así, por ejemplo, Jeremy BENTHAM<sup>13</sup>, en la prolongación de su teoría pragmática del derecho penal como derecho a castigar, dice que es un medio de obtener el poder, un poder de la mente sobre la mente. Esta visión panóptica se centra en la vigilancia como adiestramiento del cuerpo para lograr la educación del alma. Contradictoria campaña que se ha interiorizado precisamente para sostener los derechos humanos<sup>14</sup> y luchar contra la impunidad, sobre todo si se trata de amenazas como la del terrorismo, campaña activa en la comunidad internacional<sup>15</sup>.

Esta discusión adquiere una progresiva relevancia en los debates de criminalidad en los últimos tiempos para justificar la creación constante de normativa tanto en la esfera nacional como internacional con medidas globales y de sospecha, para intervenir en la población, legitimándose lo que FOUCAULT denomina el biopoder<sup>16</sup>, pues aparece una intervención gubernamental permanente, donde lejos de oponerse al Estado, la sociedad civil resulta ser el reflejo de la tecnología liberal de gobierno. Esas medidas de sospecha, persecución y castigo se ven reflejadas cuando se fundamentan teorías como la del *derecho penal del enemigo*, identificando bajo esa

11 José Díez RIPOLLES, “El derecho penal simbólico los efectos de la pena”, en Luis ARROYO *et al.* (coords), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios, 2003, p. 147.

12 Al respecto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica como crímenes internacionales: *crimen de lesa humanidad, crimen de guerra, crimen de genocidio y el crimen de agresión*. Para este último, dado que no contó desde sus inicios con una consagración normativa por lo que estaba pendiente de definición, el 31 de mayo de 2010 se logró un acuerdo producto de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala, Uganda. No obstante, la CPI no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta el 1º de enero de 2017.

13 El *panopticon* es una figura arquitectónica en la que desde un punto central, una torre, el vigilante puede controlar con plena visibilidad todo el círculo del edificio dividido en alvéolos, mientras que los vigilados, alejados en celdas individuales, separadas una de las otras, son vistos sin ver a quien los observa. Este modo de organización espacial está en la base de un proyecto global de sociedad, una suerte de utopía. Jeremy BENTHAM, *Panóptico* (1748-1832). En Armand MATTELART, *Un mundo vigilado*, trad. Gilles Multigner, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad 161, 2009, p. 17.

14 ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 101.

15 Ibid. Algunas técnicas especiales de investigación para prevenir el terrorismo amenazan el derecho individual a la privacidad. También garantías políticas: en algunos países de Europa, como Inglaterra y Suecia, se ha llegado a insistir en la necesidad de incluir chips en los teléfonos de sus parlamentarios. En Estados Unidos una jueza consideró inconstitucionales las escuchas telefónicas que, sin embargo, son conocidamente realizadas.

16 Michel FOUCAULT, *El nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France: (1978-1979)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, trad. Horacio Pons, 2007, p. 87.

rúbrica “un conjunto de normas que, al ‘correr’ la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas”<sup>17</sup>.

Este lenguaje refleja que —adelantada la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales— el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos, en una reacción de combate del ordenamiento jurídico ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos<sup>18</sup>. Esto es, “(los narcotraficantes, los zares del crimen organizado, los genocidas y torturadores y los homicidas y violadores), que en ocasiones, son casi una ultraminoría que se muestra para justificar el resto y para sustentar la ilusión que hace que todos admitamos el control social punitivo en nuestra vida cotidiana”<sup>19</sup>, cuando en realidad los homicidas y violadores son una minoría ínfima de los habitantes de las prisiones, y que la gran mayoría son pequeños delincuentes contra la propiedad e infractores de menor cuantía de las leyes de tóxicos<sup>20</sup>.

Esto visibiliza cómo actualmente se construyen reglas de organización social que la gente supone son las más seguras, de acuerdo con los viejos arquetipos de represión y persecución enclavados en el subconsciente colectivo<sup>21</sup>, lo cual termina legitimando toda serie de medidas por más arbitrarias que parezcan, porque ante el peligro y el riesgo, la seguridad aparece reflejada como sinónimo de protección de derechos humanos.

Realmente, en diferentes contextos el sistema siempre ha pensado el derecho penal en pro de tratar a los “enemigos”, por tanto, esta cuestión constituye un retroceso en la historia<sup>22</sup>, por las formas inadmisibles de moldear el derecho —y aún más en su ámbito penal— que son traídas de forma inimaginable a contextos actuales que no deberían admitir cierta clase de represalias, pero que se han contagiado por el deseo de punición excesiva, aún cuando las necesidades más básicas son insatisfechas, donde las sociedades evolucionan, pero el derecho penal involucciona y no logra ir a la par, o por lo menos se queda corto frente a problemáticas específicas y se excede en otras tantas.

Se olvida una vez más que la idea de democratización del derecho penal debe estar relacionada necesariamente con legislaciones impregnadas de los principios liberales en busca de una conexión coherente entre derechos humanos y derecho penal, para salvaguardar bienes jurídicos relevantes, lo cual no es otra cosa que la protección de libertades fundamentales.

17 Manuel GROSSO GARCÍA, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires, B de f., 2006, p. 1.

18 Jakobs GÜNTHER y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 120.

19 Eugenio ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Latinoamericana, 1993, p. 42.

20 *Ibid.*, p. 42.

21 Lola ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 93.

22 Yennesit PALACIOS VALENCIA, “Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 29.



Lo anterior aún cuando existan mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos humanos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos, lo que condiciona una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública, lo que resulta en una forma de estilización selectiva de las áreas de violación de los derechos<sup>23</sup>.

Así el derecho penal actual, bajo las características de un derecho de la seguridad ciudadana, no está sancionando realmente a todos sus destinatarios por las conductas realizadas, es decir, por lo que hagan (típico prototipo de un derecho penal del enemigo), sino por la forma de vida —por lo que son—<sup>24</sup>, con lo cual se vulnera el principio de legalidad<sup>25</sup>. Los vagos y mal vivientes, por ejemplo, o los indeseables peligrosos<sup>26</sup>, extranjeros, gays, lesbianas, inmigrantes<sup>27</sup>, etc., son víctimas no solo de una situación socioeconómica indeseable, sino de estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad<sup>28</sup>, que estigmatizan al ser humano. Aun cuando el derecho penal no debe reprochar las inequidades, si lo hace está pervertido<sup>29</sup>.

Por ello se censura, como lo hace HASSEMER<sup>30</sup>, un derecho penal que trasciende la formalización y la vinculación a los principios valorativos para convertirse paulatinamente en un instrumento político, sobre todo, en ámbitos de seguridad del Estado. En este contexto pone de manifiesto que las armas, que antes se utilizaron contra el derecho penal moralizador, se han independizado y ahora, por ejemplo, en materia de bien jurídico, las tendencias despenalizadoras se utilizan para criminalizar, hasta culminar con lo que se ha denominado “moderno derecho penal” cuyos estigmas, junto a la protección de bienes colectivos, giran en torno a tres puntos esenciales:

La utilización del concepto de bien jurídico y la defensa de los mismos de forma expansiva, la prevención como objeto prioritario del derecho penal y la orientación de las consecuencias (carácter simbólico), en el sentido de hacer del derecho penal un

23 Alessandro BARATTA, “Concepto actual de la seguridad en Europa”, en *Revista Catalana de Seguritat Pública*, 8 (2001), p. 19.

24 Luis DE LA BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, ob. cit., p. 209.

25 José Luis RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, “Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de derecho militar*, 75 (2000), p. 389.

26 Eugenio ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal*, 6, Madrid, Dykinson, 2006, p. 22.

27 Javier DE LUCAS, “Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho frente a los inmigrantes”, en Guillermo PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 213.

28 Eugenio ZAFFARONI, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. En torno de la Cuestión Penal*, Buenos Aires, B de f, 2005, pp. 163-166.

29 Luis DE LA BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, ob. cit., p. 210.

30 HASSEMER, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, p. 30, citado por Guillermo PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 344.

instrumento de pedagogía social, de adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción de esta intervención como adecuada y necesaria<sup>31</sup>.

De esta manera se puede decir que

aparece un sistema penal que ejerce un poder que no pasa por nuestras manos jurídicas. Nos hemos dedicado a elaborar un cuidadoso discurso de justificación del poder punitivo que es ejercido por otras agencias que no tienen nada que ver con nosotros, especialmente las agencias policiales y ejecutivas, las de publicidad (medios masivos) y las políticas<sup>32</sup>.

A ello obedece que la clase dominante se valga de los aparatos estatales, incluidas las instituciones represivas, para proteger sus intereses. De esta manera, el derecho penal cumple una función de legitimación de la violencia<sup>33</sup>.

Dichos incrementos de la intervención penal derivan del surgimiento de “nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada; ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes de macrocriminalidad y de las técnicas para controlarlos”<sup>34</sup>. Según lo descrito, ya la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades<sup>35</sup>.

Pese a lo expuesto, como lo plantea ZAFFARONI<sup>36</sup>, una pregunta fundamental queda flotando: una dogmática penal sobre esas bases ¿no implica una contradicción entre el sistema penal y los derechos humanos? En efecto, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los derechos humanos. Dado que todos los instrumentos de derechos humanos se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías, no obstante se evidencia una contradicción ideológica irreducible. Los derechos humanos no son una mera “ideología instrumental”, sino una ideología que configura una programática para toda la humanidad. Pero un “programa” es una anticipación y, por ende, se trata de algo que no está realizado, sino que debe realizarse como transformación social e individual<sup>37</sup>.

Una primera conclusión que puede plantearse es que se evidencia que la praxis del derecho penal no concuerda con las necesidades sociales, pues hay un discurso simbólico del derecho penal que perturba y contamina las luchas culturales que son, en últimas, las que definen el devenir de los derechos humanos, entendidos

31 *Ibid.*, p. 344.

32 EUGENIO ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Latinoamericana, 1993, p. 43.

33 DE LA BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, ob. cit., p. 27.

34 JOSÉ DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", cit., p.7.

35 MICHEL FOUCAULT, ob. cit., p. 87. *El nacimiento de la biopolítica*.

36 EUGENIO ZAFFARONI, "La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica", en *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, B de f, 2005, p. 111.

37 *Ibid.*, p. 111.

como productos culturales<sup>38</sup>. Aparece así una paradoja pues no conversan el ser y el deber ser del derecho penal.

Opto por decir que la justicia penal atraviesa por un periodo de crisis que, al igual que en otras épocas, trata de ir a la par con los fenómenos sociales, pero su lógica discursiva se aleja constantemente de las necesidades más insatisfechas. Por ello, como menciona Demetrio CRESPO<sup>39</sup>, el vínculo entre el ser y el deber del derecho penal han de ser los derechos humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de derecho basada en exigencias de seguridad, o en un estado de necesidad de cualquier tipo que pase por alto este punto es, según esta perspectiva, inaceptable.

### 3. EL DERECHO PENAL, UNA ESTRATEGIA PARA REDUCIR PELIGROS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

El discurso del derecho penal moderno<sup>40</sup> también está soportado por la denominada sociedad de riesgo<sup>41</sup> que, como su nombre lo indica, tiene sustento en la aparición de nuevas situaciones de peligro puesto que, en la actualidad, se perciben cambios trascendentales en la comprensión de la sociedad, la cual ha evolucionado sin darnos cuenta, de una sociedad de clases a una de “riesgos”, donde los aparatos institucionales están dirigidos, principalmente, a la reducción de peligros derivados de las más diversas conductas y comportamientos sociales calificados como macrocriminales. A tal punto que se observa con mayor persistencia el desarrollo de un derecho penal del riesgo<sup>42</sup>, que es cada vez más sensible a todos los peligros que pueden verificarse en las diversas actividades humanas<sup>43</sup>.

Los problemas no se detienen ahí, pues la presión de la sociedad del riesgo incita a una política-criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en motivo dominante de la ordenación de la vida social, y como el derecho penal, ciertamente, debe sentirse vinculado al pensamiento democrático, está en la obligación de medir y traducir la discusión político-criminal entre las instituciones

38 Joaquín HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005, pp. 118 ss.

39 Eduardo DEMETRIO CRESPO, “Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, ob. cit., p. 476.

40 Luis GRACIA MARTÍN, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Luis DÍEZ RIPOLLÉS et al. (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 359. Describe el autor que el derecho penal moderno sería uno propio y característico de la sociedad del riesgo.

41 Cornelius PRITWITZ, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Luis Arroyo Zapatero et al. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*, Cuenca, Colección estudios, 2003, p. 262.

42 Feliz HERZOG, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (Perspectivas más allá del derecho penal)”, en Luis ARROYO ZAPATERO et al. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Castilla-La Mancha, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 249-250. Cfr. también José DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, ob. cit., pp. 129-130.

43 Luis REYNA ALFARO y Sergio CUARESMA TERÁN et al., *Derecho Penal y Estado de Derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2008, p. 260.

comunitarias, de un lado, y la opinión pública, de otro, que actualmente presenta dicha tendencia<sup>44</sup>.

Desde esta óptica se crea la noción de “zona de no-derecho”<sup>45</sup>, tendencia incriminadora que muchas veces parece decantarse a favor de la comunidad y de la inmanente seguridad que exigen las sociedades posindustriales<sup>46</sup>, necesidad que asume construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen los bienes jurídicos colectivos<sup>47</sup> y su técnica de tipificación como delitos de peligro abstracto, inseguridad que se ha traducido en edificaciones metodológicas que abogan, según JAKOBS<sup>48</sup>, por sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos.

En términos generales, *el derecho penal posmoderno* no acoge entre sus finalidades la protección de la persona humana, de ahí su carencia de legitimidad; se ha convertido en un puro instrumento político, no de reafirmación de los propios valores, sino que se le han asignado tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública<sup>49</sup>. Surge así un derecho penal como instrumento de la política estructural proactiva en lugar de reactivo y orientado a la responsabilidad individual<sup>50</sup>, con lo cual se observa que la prevención siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, pero no cabe duda de que el actualizado léxico del riesgo le otorga un nuevo protagonismo, siendo un aspecto prioritario de las renovadas demandas securitarias hacia el Estado y la comunidad internacional. Por ende, se encuentra una sociedad ciega, que no rechaza los falsos ideales de paz y toda anomalía se quiere controlar y se regula. De esta manera, como explica el jurista Jean Danet<sup>51</sup>, se espera que la justicia penal lo resuelva todo y se asiste a una penalización en el tiempo, con lo cual se pone en alerta un ambiente de peligrosidad extrema reflejado en quienes llevan la etiqueta de enemigos de la sociedad.

Este derecho penal, mal llamado de seguridad, “no es más que otro mecanismo sutil para derruir y, en algunos casos, eliminar el papel de los derechos subjetivos de los seres humanos y elevar a rango constitucional un poderoso

44 Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Iustel, Madrid, 2007, p. 23.

45 Armand MATTELART, A. *Un mundo vigilado*, ob. cit., p. 229.

46 Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 edición, Madrid, Civitas, 2001, pp. 45 y ss.

47 *Ibid.*

48 Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thonson Civitas, Madrid, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 2003, p. 63, citado por L. HENAO CARDONA, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (julio-diciembre, 2004), p. 512.

49 Ana PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ob. cit., p. 23.

50 *Ibid.*, p. 22.

51 J. DANET, *La justice face à L'obsession de punir*. Entrevista con N. Guibert, *Le Monde*, 29-30 de abril de 2007, p. 13, citado por A. MATTELART, ob. cit., p. 225.

constructo de nuestros días que recibe el nombre de “derecho fundamental a la seguridad”<sup>52</sup>, que es otra invención más de la modernidad, donde el derecho internacional también se ha quedado corto y ha perdido aceleradamente criterios de legitimidad en la medida que sus postulados, en parte, se alejan de las necesidades reales frente a la protección de los derechos humanos en contra de quienes ejercen el poder, a los que por motivos notorios no se les acuña el calificativo de “enemigos” porque es de ellos de donde emana la fuerza para gobernar.

Esto plantea la necesidad de reajustar el discurso punitivo en pro de las garantías de cualquier sociedad democrática que sea igualmente respetuosa de los derechos humanos. Pero hay un conjunto de cosas que influyen en el cometido del poder: la *dominación* y el *control*, que siempre están presentes no solo en el ámbito de protección de estos derechos, sino en las mismas instituciones que los promulgan que, inevitablemente, ante tantas esferas de poder, se compaginan e identifican con elementos “extraños” y contradictorios a la búsqueda de fines sociales, por alinearse al servicio de la clase dominante frente al clamor de humanizar todo tipo de derecho.

#### 4. DE LA PUNIBILIDAD NACIONAL AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Contextualizar el derecho penal y su forma de reprimir los supuestos peligros actuales no puede hacerse a partir de un estudio único y exclusivamente desde el derecho penal en los sistemas jurídicos internos nacionales, pues la ideología punitiva de combatir el “boom del peligro” bajo la llamada emergencia terrorista en la campaña por contrarrestar el crimen organizado y luchar contra la impunidad, sirvió incluso de soporte de la creación del único Tribunal Penal Internacional permanente, esto es, la Corte Penal Internacional (CPI)<sup>53</sup> que, aún siendo relevante<sup>54</sup> y necesaria —con su desarrollo prematuro once años después—, ya cuenta con abundantes críticas sobre todo por la intervención de un órgano político como

52 Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, “La seguridad como un tipo discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza”, en Luis REYNA y Sergio CUARESMA, *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgo y seguridad*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2008, p.19.

53 D. PASTOR, *El poder penal internacional. Aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 75.

54 La relevancia de la función de la CPI no era sino una cuestión de tiempo, teniendo en cuenta su mandato y fin último de terminar con la impunidad de los máximos responsables de aquellos delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Véase Hector OLÁSULO, “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24, diciembre de 2012, p. 3, en [www.reei.org](http://www.reei.org). Fecha de consulta: febrero de 2013.

es el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (CSONU o CdS) que puede activarla, pues la tendencia sería que su funcionamiento estuviera condicionado<sup>55</sup> por dicho órgano, *so pretexto* de que es el encargado por mandato de la Carta de la ONU del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Pensamiento altruista que también tiene su trasfondo en la idea de protección de los derechos humanos ante la moda de la inseguridad. Sobre todo, cuando cobra fuerza el concepto de persecución penal por crímenes internacionales<sup>56</sup> para justificar la vigilancia, el seguimiento y el castigo de conductas macrocriminales, después de la herencia jurídica recibida con los juicios de Nüremberg<sup>57</sup>, por el bárbaro programa nazi<sup>58</sup>, siendo el soporte normativo más claro en la creación de la Corte Penal Internacional (CPI).

Por ello, el derecho penal internacional también se ve afectado o surge en medio de los malestares de la sociedad del riesgo; de hecho, su nacimiento se asocia como un derecho de naturaleza militar por lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial. Como se observará, muchas veces son los contextos de macrocriminalidad los que soportan medidas legales disfrazadas de protección de derechos humanos, con lo cual la salvaguarda efectiva de aquellos en repetidas ocasiones pasa a ser un sofisma debido a una vigilancia extralimitada en el ejercicio del control social, que en diversos contextos —entre ellos la guerra<sup>59</sup>— legitiman medidas sospechosas en el ejercicio del control social.

Así, hechos como los acontecidos el 11 de septiembre de 2001 que desequilibraron el sistema de seguridad de Estados Unidos con la caída de las Torres Gemelas, con pérdidas no solo económicas sino humanas, hizo que se emprendieran políticas de seguridad en la lucha contra el terrorismo, precisamente para combatir a sujetos que son considerados criminales internacionales por la peligrosidad de sus acciones.

O piénsese más recientemente en el dictamen de los líderes y representantes de Australia, Canadá, Francia, Italia, Japón, la República de Corea, Arabia Saudí, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos, que exigen en una fuerte respuesta in-

55 Cesareo GUTIÉRREZ ESPADA, “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional”, en *Hacia una Justicia Internacional*, España, Ministerio de Justicia: XXI Jornadas de Estudio, Madrid, 9 a 11 de junio de 1999, Madrid, 2000, p. 567.

56 Alejandro APONTE CARDONA, *Persecución penal por crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 60.

57 María LIROLA DELGADO y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Madrid, Ariel, 2001, pp. 18-19.

58 Jean Marcel FERNANDES, *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia Universal*, Bogotá, Temis, 2008, p. 149.

59 Piénsese, por ejemplo, en los hechos posteriores al ataque a las Torres Gemelas en Estados Unidos, donde el poder hegemónico del país militarmente más poderoso del mundo y directamente afectado por ese atentado ha desencadenado una guerra abierta contra todos los que, a su juicio, pongan en peligro su seguridad y su hegemonía (así lo declaró expresamente el presidente Bush en su mensaje a la nación en mayo del 2003, tras la “victoria” en Iraq, guerra en la que no se respetaron las garantías mínimas de la Convención de Ginebra en el traslado y la custodia de los prisioneros de guerra, como tampoco se respetó la necesidad de autorización previa de la ONU para declararla). Véase Francisco MUÑOZ CONDE, “El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo”, en Guillermo PORTILLAS CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal, 2005, p. 168.

ternacional, atacar Siria no solo para contrarrestar el régimen del presidente Bashar al-Asad en aras de coadyuvar en la búsqueda un régimen democrático, sino también por la seguridad internacional como pretexto, por el supuesto ataque químico que el pasado 21 de agosto de 2013 se ejecutó a las afueras de Damasco. La excusa perfecta para poder exterminar un país será entonces comprobar que este está violando derechos humanos.

Pues bien, estas son manifestaciones claras de cómo funciona la sociedad del riesgo, incitando no solo a respuestas drásticas desde el derecho penal, sino incluso con el uso de la misma guerra como justificación de peligros extremos. Si se acude a la Segunda Guerra Mundial, Nüremberg es un claro ejemplo de ello; y qué decir de la guerra de Kósovo que hizo presente, como expresa Hinkelammert<sup>60</sup>, la ambivalencia de los derechos humanos, pues todo un país fue destruido en nombre de asegurar la vigencia de estos derechos. Y no solamente Kósovo, toda Serbia también.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) puso en marcha una gran fábrica de muerte que llevó a cabo acciones de aniquilamiento. Los pilotos actuaron como verdugos que ejecutan al culpable, quien no tenía defensas. Cuando volvían decían que habían hecho un “buen trabajo”: era el buen trabajo del verdugo. La OTAN se jacta de haber producido apenas un mínimo de muertos, pero lo que se destruyó fue la base real de la vida de la población<sup>61</sup>. Y, sin embargo, no hubo ninguna responsabilidad por los actos de barbarie cometidos en nombre de la defensa de los llamados derechos humanos.

El riesgo es, pues, el detonante perfecto, no solo para impulsar normativa penal excesiva sino para provocar arbitrariedades legitimadas bajo la lógica de los poderosos, con un discurso en el cual el castigo es la mejor sanción ejemplarizante. Sanciones que, como se observó en diversos contextos, escapan del ámbito penal transformando los derechos humanos en “una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan. Detrás de esto hay otra convicción según la cual quien viola derechos humanos no tiene derechos humanos”<sup>62</sup>.

60 Franz J. HINKELAMMERT, “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, en *Revista Pasos*, 85 (1999), Segunda época, septiembre-octubre. Departamento Ecuménico de Investigaciones, p. 1, en <http://new.pensamientopenal.com.ar/16032009/filosofia01.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2013.

61 *Ibid.*, p. 1. La OTAN no asumió ninguna responsabilidad por sus actos. Bill Clinton declaró que los responsables del aniquilamiento de Serbia era de los propios serbios. Toda la acción de la OTAN se acompañó de una propaganda referida a las violaciones de los derechos humanos que los serbios cometían en Kósovo. Cuantas más violaciones se presentaban, la OTAN se sentía con más derecho, y hasta con la obligación moral, de seguir con el aniquilamiento. Las violaciones de los derechos humanos de parte de los serbios fueron transformadas, por medio de esta propaganda, en un imperativo categórico para el aniquilamiento de Serbia. Fueron usadas como aceite para la fábrica de muerte. Por tanto, la guerra fue transformada en una “intervención humanitaria”, ni siquiera se hablaba de guerra.

62 *Ibid.*, p. 1.

#### 4.1. El Consejo de Seguridad como órgano político que puede activar la Corte Penal Internacional

Como menciona Kai AMBOS, “hoy nos encontramos no solo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno amplio”<sup>63</sup>, y su eficacia depende de muchos factores que deberían centrarse en cuestiones jurídicas y menos políticas, aunque no cabe duda que ambas son una relación necesaria pero no suficiente.

De manera general, en lo que a la justicia penal internacional se refiere, la CPI está pasando por un serio periodo de prueba, no solo por su novedad, sino por el hecho de que grandes potencias se niegan a darle su apoyo. Muchos fueron los países que defendieron la idea de una justicia penal internacional eficaz; sin embargo, no faltaron opositores que por conveniencia, o más bien por su influencia en el ejercicio del poder mundial, optaron por oponerse a su desarrollo, como fue el caso de Estados Unidos, Rusia y China, miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que hasta hoy son reacios a la ratificación del Estatuto de Roma y gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana<sup>64</sup>.

Para nadie es un secreto la forma como se autogobiernan, en algunos casos violando también los tan protegidos derechos humanos proclamados en diferentes instrumentos internacionales que pregonan su universalidad. Piénsese por ejemplo en Estados Unidos, con la creación controvertida de la cárcel de Guantánamo que ni la presión internacional —por los escenarios de barbarie que ahí se cometen, mayoritariamente contra ciudadanos de Afganistán por los atentado del 11 de septiembre— ni el actual presidente Obama han logrado su clausura, dado que en la lógica estadounidense esta cárcel alberga terroristas “enemigos de la humanidad”. Desde esta óptica podría identificarse fácilmente quiénes son los vigilados objetos de sospecha en el orden internacional, aquellos que serían etiquetados socialmente por las grandes potencias, organizaciones, órganos internacionales o sujetos internacionales en sentido amplio, que actuarían facultativamente para activar su poder con ocasión al peligro por contrarrestar. De tal suerte que si esto es así, la regulación del derecho penal internacional puede verse motivada por el sentir colectivo del escenario internacional, por lo que se podría hablar también de un derecho penal internacional del enemigo, que sería igualmente, un “no derecho”<sup>65</sup> en el sentido:

que no rige para todos, ni acorde a derecho y democráticamente, se aplica más que casualmente, entonces su existencia no pasaría de ser más que el establecimiento

63 Kai AMBOS et al., *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer; 2005, p. 14.

64 Kai AMBOS, *Derechos humanos y derecho penal internacional. Diálogo Político*, 3 (2004), Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 97.

65 Daniel R. PASTOR, “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, vol. 2, en Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, ob. cit., 2006, p. 519.



desde los países ricos, de un poder penal residual, para condenar a imputados venidos de países pobres. Un derecho penal exclusivo para lejanos amigos derrotados. La última visión de la hipocresía occidental [...], y en lugar de prevenir, estimula la perpetración de los crímenes que son objeto de la competencia del sistema<sup>66</sup>.

Esto necesariamente se ha traducido en la aparición de un *corpus iuris* en el derecho internacional que está legitimando prácticas antidemocráticas, las cuales incluso podrían verse reflejadas en el mismo marco de las Naciones Unidas que, simbólicamente, lejos de los intereses para los cuales fue creada para la conservación de la paz y la seguridad de las naciones, ha generado también un ambiente dudoso en la forma como aplica y varía sus preceptos, indistintamente para uno u otro Estado, en atención al grado de poderío que puedan ostentar, como arbitrio de la efectiva protección de los derechos humanos.

Un ejemplo claro se evidencia en el actuar del Consejo de Seguridad, obsérvese al respecto la Resolución 1422<sup>67</sup>, que intentaba otorgar impunidad vitalicia — frente a posibles investigaciones o procesamientos de la CPI— a los ciudadanos de los Estados que no han ratificado el Estatuto de Roma, cuando tales personas estuviesen implicadas en operaciones promovidas o autorizadas por la ONU, con lo cual surge una pregunta: ¿por qué el CdS alienta resoluciones con dicho contenido? Hay un contrasentido evidenciado en “el querer hacer” y el “querer poder”, pues se avanza al mismo tiempo que se retrocede cuando quienes están implicados son los que ejercen mayor poder en el orden mundial.

Con ello los derechos humanos parecieran estar en un punto máximo de debilitamiento, pues son también instrumentalizados con la misma lógica, como si no existiera control de todo aquello que requiere vigilancia cuando se trata de hacer cumplir un pacto entre quienes se sienten amenazados por él, pues las potencias mundiales hoy por hoy siguen al vaivén de su conveniencia política y jurídica, traspasando el ordenamiento jurídico internacional existente, no solo en el ámbito penal para sus nacionales, sino en materia protectora de los derechos humanos. Tal cosa sucede porque las instancias de poder existentes desdibujan la eficacia de los mismos. Por ejemplo, si se observan algunas actuaciones del Consejo de Seguridad de la ONU cuando de manera legítima, mas no legitimada, desarrolla ataques preventivos so pretexto del restablecimiento de la paz, interviniendo en algunos Estados con dudoso desarrollo democrático, se observaría que el principio de que los Estados deben abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza sería insuficiente en sí mismo, sobre todo porque la institución que lo proclama es la que directamente lo viola, respaldada por los Estados más poderosos.

No queda duda de que es bastante cuestionable el papel que se le otorgó al CdS (órgano al que por el poder de las potencias ha sido prácticamente imposible hacerle reformas para su funcionamiento y constitución). Así pues, como órgano de

<sup>66</sup> Ibid., p. 519.

<sup>67</sup> ONU, Resolución 1422 (2002). Adopted by the Security Council at its 4572nd meeting, on 12 July 2002. Al respecto consúltese el sitio web: <http://www.amicc.org/docs/SCres1422.pdf>.

la ONU<sup>68</sup> ha desplegado un dudoso papel a lo largo de la historia en la búsqueda de la tan anhelada paz, sobre todo en cuanto al cuestionado derecho de veto de los cinco miembros permanentes que pueden bloquear decisiones de fondo con un solo voto negativo de cualquiera de sus miembros, para cometer las mismas perversidades<sup>69</sup> de quienes dicen combatir, pero valiéndose del derecho como instrumento legítimo de poder en nombre de las “naciones civilizadas”.

Por tanto, el acierto descriptivo de Jakobs es superlativo: el poder punitivo internacional es el derecho penal del enemigo por excelencia<sup>70</sup>, ante todo, como lo sostiene el mismo autor, los llamados derechos humanos no rigen, esto es innegable en la enorme mayoría de los países del mundo; no tienen por tanto una vigencia efectiva aunque sea a grandes rasgos, sino todo lo contrario, contra los autores de graves violaciones de los derechos humanos que son juzgados por jurisdicciones externas al (o a los) Estado/s involucrado/s se dirige una guerra a un extraño por medio de un tribunal y la ficción de un juicio. Acción que puede servir no para mantener un orden jurídico mundial, que evidentemente no existe, sino para establecerlo<sup>71</sup>.

#### 4.1.1. Una relación necesaria pero peligrosa

Vale la pena destacar la relación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, situación que continúa siendo uno de los aspectos más controvertidos del Estatuto de Roma (ER), marco jurídico único que regula los crímenes internacionales por graves violaciones de los derechos humanos, pues durante las negociaciones del ER algunos Estados respaldaron la idea de que la Corte y el Consejo de Seguridad ejercieran sus atribuciones propias sin establecer ninguna conexión entre ambos.

68 Hamid SAAD, “Guerra y sanciones a Iraq”, en *Naciones Unidas y el ‘nuevo orden mundial’*. *Valoración legal de las sanciones de NU sobre Iraq*, en [http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib\\_int-96/legal.html](http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html). Fecha de consulta: mayo de 2010. Como expresa el autor, desde 1990 el CS ha impuesto sanciones multilaterales contra ocho Estados, y ocasionalmente autorizó el uso de la fuerza militar, la más notable contra Iraq en 1991. Aunque estas acciones hayan derivado a menudo en importantes pérdidas de vidas de civiles y propiedades, todavía no ha habido ningún intento de establecer los parámetros legales dentro de los cuales el CS debe operar. Algunos tratadistas argumentan que el CS, producto de la Carta de NU, puede actuar *por encima* de las leyes internacionales, como una ley en sí misma.

69 Entre 1990 y 2002 se han aplicado de una manera u otra sanciones en los casos de Irak, Libia, la exYugoslavia, la actual Yugoslavia, Haití, Somalia, Angola, Ruanda, Liberia, Sudán, Etiopía, Camboya y Afganistán, y en años posteriores Sudán y Corea del Norte, entre otros. Y desde el 2006 en Irán. Las sanciones han puesto en peligro el derecho a la alimentación, la salud, la educación y, a menudo, el derecho a la vida de cientos de miles de personas, en muchos casos menores de edad. Cfr. Virginia GALLO COBIAN *et al.*, *Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones peligrosas*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2012. En el mismo sentido puede consultarse a Amnistía Internacional, *Los derechos humanos en Irak ante una nueva guerra*, en [http://www.mundoarabe.org/derechos\\_humanos\\_en\\_irak.htm](http://www.mundoarabe.org/derechos_humanos_en_irak.htm). Fecha de consulta: abril de 2013.

70 Daniel PASTOR, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, ob. cit., p. 494.

71 *Ibid.*, p. 495.

Todo contacto, señalaron:

podía politizar la Corte y afectar su independencia en la administración de justicia. [Sin embargo], tales propuestas no prosperaron y el Estatuto articula una relación por la cual el Consejo retiene dos llaves en su relación con la Corte: una que le permite activar la jurisdicción de la Corte. Otra, aún más controvertida, que le permite desactivar tal jurisdicción, al menos temporalmente<sup>72</sup>.

Esto visibiliza el condicionamiento político de la CPI en relación con el CdS.

De esta forma, ya algunos expertos<sup>73</sup> se atreven a tomar postura respecto al papel que juega el CdS en el funcionamiento y la activación de la Corte Penal, pues se le otorga a un órgano político poderes atípicos. Con ello, la independencia de la CPI no aparece claramente garantizada frente a la acción de otros órganos internacionales como pudiera ser el caso del CdS, cuyos criterios de actuación tienen un fuerte componente político.

Si se observa con detenimiento el ER, conforme a sus artículos 13 y 16, el Consejo de Seguridad no solo puede activar sino también desactivar la competencia de la Corte<sup>74</sup>, pues el Tribunal tendrá que suspender la investigación o el enjuiciamiento iniciado sobre un asunto “*en el caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas así lo demande*”.

Por otro lado, los Estados partes del Estatuto de Roma se amparan en el principio de complementariedad para hacer lo propio antes de una intervención oportuna de la Fiscalía de la CPI, pero ciertamente, la idea de que el derecho internacional opera de manera complementaria y subsidiaria en relación al funcionamiento del derecho nacional, puede cambiar la balanza dejando abierto el paso para que el derecho penal internacional se imponga, si prima la inoperancia de los Estados, casi volviéndose su actuar exclusivo y único para resolver situaciones graves de derecho interno que lleven implícitos crímenes internacionales, ante los que por circunstancias políticas, económicas, sociales o jurídicas los Estados se vean imposibilitados para actuar con una investigación seria e imparcial.

72 Silvia FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad*. Washington, Department of International Legal Affairs Organization of American State, en <http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>. Fecha de consulta: 22 de julio de 2012.

73 Cesareo GUTIÉRREZ ESPADA, “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional”, ob. cit., p. 567. K. AMBOS, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en *Revista Política Criminal* S-9 (2010), pp. 237-256. MARCEL FERNANDES, *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia universal*, ob. cit., pp. 93 y ss.; al respecto se refiere como a los patronos del Consejo de Seguridad. Juan F. ESCUDERO ESPINOSA, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: hacia la paz por la justicia*, Madrid, Dilex, S.L., 2004, pp. 171 y ss., entre otros.

74 Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, *Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional*, ob. cit., p. 567.

Además, algunos referentes pueden poner en riesgo el mismo papel de los jueces encargados de impartir justicia. Si se mira el escenario colombiano ello podría ser un claro ejemplo, dado el rigor de las investigaciones por paramilitarismo y narcotráfico, que incluso han alcanzado a altas esferas del gobierno, que ya cuentan con sospecha de ser titulares de crímenes internacionales.

Por su parte, la Fiscalía tendría que tomar una postura decisiva para actuar de manera no politizada<sup>75</sup> y, según el caso, actuar de oficio para adelantar investigaciones conforme a los poderes otorgados en el Estatuto de Roma conforme a los artículos 13c y 15. Poderes que en todo caso quedaron limitados, bien por la actuación de los Estados partes, o bien por el paso previo a la aprobación de la investigación por la Sala de Cuestiones Preliminares. Aparentemente, la complementariedad de la CPI, soportada en el Preámbulo del ER y en su artículo 1, en concordancia con el artículo 17, es mantenida en relación con el artículo 18 donde se establece que:

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación e inicie esa investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, este lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate [...].
2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del fiscal autorizar la investigación.
3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la remisión o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.

Con todo, aparece un arma de doble filo en dicha complementariedad, el riesgo puede estar presente en el inicio de juicios o procedimientos con la pretensión de dilatar la intervención de la CPI por la subsidiariedad del derecho internacional, siendo un arma más de distracción que de actuar con justicia, a fin de imposibilitar la intervención directa de la Fiscalía que, en todo caso, estará atada siempre y cuando los Estados partes respecto de sus nacionales intenten hacer lo oportuno,

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, 571.

aun sin contar muy posiblemente con la maquinaria suficiente para investigar, perseguir y castigar a los autores de crímenes atroces, y se podría caer en el abismo de que en la jurisdicción nacional, *contrario sensu*, lejos de impartir justicia, se retrase la jurisdicción penal internacional.

Podría generarse un círculo vicioso donde finalmente, tarde o temprano, siempre sea la CPI quien resuelva, muchas veces por imposibilidad de los Estados para actuar por los factores extraños de poder en la administración de justicia, y otras veces por el facilismo de quienes ven en la jurisdicción penal internacional la vía de escape para evitar la presión de investigar ciertos delitos que implican un desgaste y riesgo en la función de los jueces. No ocurre lo mismo en quienes ven una excusa en el derecho interno para no permitir la intervención de la CPI.

En tal sentido, se deben poner límites y observar con “lupa” dichos factores externos de poder, sean ellos políticos o de otra índole, tratando de no obstaculizar el acceso a una verdadera aplicación de justicia en los casos que se requiera, independientemente de que se trate de una potencia mundial miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU y, más aún, si aquella no es Estado parte del ER, y sin importar la relación que tengan algunos nacionales respecto de sus Estados en el orden internacional, para ser titulares de responsabilidad penal.

De lo contrario se caería en una justicia penal internacional al vaivén de circunstancias politizadas, peligrosas y ajenas a la correcta aplicación de justicia. Esta es la razón por la que se habla de rasgos del derecho penal del enemigo, la “tolerancia cero”, como partes del derecho penal posmoderno —y del derecho penal internacional—, cuando se tiene como finalidad la seguridad en la sociedad del riesgo. Consecuencias del uso simbólico del derecho penal y de la crisis del Estado social y democrático de derecho<sup>76</sup>. Riesgo que tiene enmarcado claramente quiénes podrán ser considerados como “enemigos”, sea en la esfera nacional o internacional. Por ello puede entenderse que **el derecho penal internacional también aparece como una herramienta preventiva vista hacia el futuro como factor de coacción y de intimidación ante una sociedad que se cree estar consumida en el riesgo**. Ya que se valoran crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales peligros a determinadas personas individuales o colectivamente consideradas, pretendiéndose así combatir la impunidad en caso de crímenes internacionales. De manera que “el control del riesgo no solo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad”<sup>77</sup>, situación que ha llevado a la sociedad a interiorizar un exagerado sentimiento de inseguridad que no parece guardar exclusiva corres-

76 Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ob. cit., p. 25-26.

77 José DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en cit., pp. 3-4. Fecha de consulta: mayo de 2011.

pondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos<sup>78</sup>.

Por ello se habla de una “macrocriminalidad” y “macroacontecimientos” con “relevancia para la guerra y el derecho internacional”, lo cual se diferencia cualitativamente de las conocidas formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, tráfico de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en esta desempeña el Estado”<sup>79</sup>. Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los crímenes internacionales tal como ha sido ahora consagrada en los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma.

Como corolario de lo anterior aparece un derecho penal en su ámbito internacional de máxima intervención, un *derecho penal de segunda velocidad*<sup>80</sup>, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo<sup>81</sup> frente a supuestos que podrían afectar directamente a la comunidad internacional que, justamente con miras a contrarrestar la nueva criminalidad, ante una sociedad que define una tipología de enemigos, está tratando de asegurar su conservación con la exclusión social de ciertos delincuentes que han violado el pacto, ante la expectativa de reincidir en dichas conductas.

Piénsese, por ejemplo, en todo el proyecto inspirado por la Alemania<sup>82</sup> nazi, que bajo el poder de Hitler exterminó a la población que no tuviese la connotación de raza aria, idea legitimada jurídicamente bajo la política de las no-personas, extraños no merecedores de la protección de los derechos humanos. En este contexto, los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad del riesgo corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*)<sup>83</sup>.

Lo anterior explica la aparición de potentes movimientos sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos y que cuentan con un sólido apoyo de la ciudadanía a sus demandas<sup>84</sup>. En esta medida, lo que se puede observar es que el derecho penal no funciona como valor agregado, no sirve como herramienta de

---

78 Ibid.

79 Comprende fundamentalmente “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”. Véase al respecto Kai AMBOS, *La parte General del derecho penal. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo-Berlín, Duncker & Humblot, Temis, 2005, pp. 44-47.

80 José DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, ob. cit., p. 7.

81 Ibid., p. 7.

82 Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 504-509.

83 Como enuncia el profesor ZAFFARONI, es curioso que nunca se considere a los viejos como enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte. Eugenio ZAFFARONI, *El derecho penal liberal y sus enemigos. En torno de la cuestión penal*, ob. cit., p. 153.

84 Ibid.

control y direccionamiento social que permita reducir y, quizá, eliminar estos nuevos riesgos, donde el verdadero factor de preocupación no es más que la persona misma. Por ello, como muy bien dice CHIRINO SÁNCHEZ: “nos hemos convertido en nuestros peores enemigos y el derecho penal se ha levantado como una herramienta contra estos enemigos”<sup>85</sup>.

Pero indistintamente de donde provenga esta potestad soberana hay que hacer un alto y reflexionar para tratar de entender que “no somos nada sin derechos. Los derechos no son nada sin nosotros. En este camino no hemos hecho más que comenzar”<sup>86</sup>. Y aunque mal se hable de “enemigos”, todos somos uno, seres humanos con diferentes formas de pensar y de actuar ante las complejidades que acarrea el vivir en sociedad, el aceptar al otro como simplemente eso, “lo otro”, sin necesidad de dar ningún calificativo de “amigos” o “enemigos”.

## 5. REFLEXIÓN: ¿QUÉ RESTA POR HACER?

La respuesta no es nada fácil de formular a sabiendas de que los derechos humanos son utilizados contradictoriamente según el fin que se persiga. Sin embargo, indistintamente de cómo se utilicen en la praxis, la esencia misma de los derechos humanos no puede variar, pues aún con la influencia de fuerzas extrañas, en el nuevo paradigma del derecho a la seguridad en el derecho penal frente a los derechos humanos, estos deben cumplir un papel fundamental en la reivindicación del ser humano con miras a limitar el poder de los soberanos y salvaguardar la vida misma en esta aldea global.

Desde este punto de vista es de resaltar que independientemente del contexto, cualquiera que sea, los *derechos humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance*, considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentarlos. Su positivación en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con el cual medir hasta qué punto están “al revés”, para neutralizar su potencial transformador<sup>87</sup>. Por ello hay que apostarle a la enseñanza y a la práctica de los derechos humanos en cada contexto y lugar, de manera que se transforme reivindicando su poder, para que las razones que soportan las construcciones normativas, más que argumentos altruistas, sean ideas basadas en aprender a comprender lo que somos, *seres humanos*.

Los derechos humanos han sido utilizados tanto como instrumentos para manipular el poder y justificar actos de barbarie como para impulsar procesos emancipado-

85 Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 18. Dice el autor que el proceso de legitimación y de justificación de los cambios en el derecho sustantivo y en la política criminal es, a pesar de sus incalculables consecuencias, bastante sencillo, y se basa en la receta mágica de “más de lo mismo”, con la cual hemos construido, desde ya hace bastante años, la típica política penal de nuestros días.

86 Joaquín HERRERA FLORES, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín HERRERA FLORES (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 78.

87 Eugenio ZAFFARONI, *El derecho penal liberal y sus enemigos. En torno de la cuestión penal*, ob. cit., p. 112.

res. A lo largo de la historia se han utilizado ambas facetas para transformar y al mismo tiempo reinventar —y no del mejor modo—, en algunos contextos, las exigencias de los actores sociales. Así por ejemplo, el derecho penal internacional ha tenido muchas transformaciones, justamente producto de las diferentes exigencias impuestas en diversos escenarios, que han intentado adecuar y armonizar las necesidades sociales a las normas.

Los avances en la materia son muchos, pero también han surgido zonas de penumbra, por ello el debate aquí desarrollado no es un tema agotado, se intenta con él mostrarle al lector que las políticas de seguridad que se impulsan desde diferentes vertientes doctrinarias, organizaciones, órganos y demás, no pueden justificar medidas extralimitadas que vulneren las libertades fundamentales, aunque aquellas emanen de las altas esferas de poder para combatir supuestos peligros y, al mismo tiempo, justificar sus medidas en la protección efectiva de llamados derechos humanos, bajo el lema de la represión y el castigo de los enemigos. Esto supera los límites de la hipocresía donde los afectados directos son los mismos individuos en la esfera más íntima, la dignidad humana, con la excusa de riesgos inminentes que alertan y desestabilizan la seguridad pública, que finalmente es lo que lleva a validar cualquier medida de control y castigo. Ello realmente es lo que desdibuja una relación coherente entre los derechos humanos y el derecho penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los derechos humanos en Irak ante una nueva guerra*, en [http://www.mundoarabe.org/derechos\\_humanos\\_en\\_irak.htm](http://www.mundoarabe.org/derechos_humanos_en_irak.htm). Fecha de consulta: abril de 2013.
- AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Duncker & Humblot, Temis, 2005.
- AMBOS, Kai, *Derechos humanos y derecho penal internacional. Diálogo Político*, 3 (2004), Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 85-115.
- AMBOS, Kai, *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.
- APONTE CARDONA, Alejandro, *Persecución penal por crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2010.
- BARATTA, Alessandro, “Concepto actual de la seguridad en Europa”, en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 8 (2001), Cataluña.
- BESSEL, Richard, *Alemania 1945. De la guerra a la paz*, Barcelona, Ediciones B, trad. de Gabriel Dols, 2009.



- DEMETRIO CRESPO, Eugenio, "Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en M. CANCIO MELIÁ, y C. GÓMEZ-JARA Díez, (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, 2005.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada. Estudios y debates en derecho penal*, Montevideo, B de f., 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, "De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Fecha de consulta: mayo de 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. "El derecho penal simbólico los efectos de la pena", en Luis Arroyo Zapatero *et al.* (coords), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios 91, 2003, pp. 147-172.
- ESCUDERO ESPINOSA, Juan F., *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: hacia la paz por la justicia*, Madrid, Dilex, S.L., 2004.
- FERNANDES, Jean Marcel, *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia Universal*, Bogotá, Temis, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silva, *Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad*, Washington, Department of International Legal. Affair Organization of American State, en <http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm>. Fecha de consulta: julio 22 de 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 2002.
- FOUCAULT, Michel, *El nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France: (1978-1979)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, trad. de Horacio Pons, 2007.
- GALLO COBIAN, Virginia *et al.*, *Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Relaciones peligrosas*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art4.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis, "¿Qué es modernización del derecho penal?", en Luis Díez RIPOLLÉS *et al.* (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 349-394.
- GÜNTHER, Jakobs y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2 ed., Madrid, Civitas, 2006.

- GÜNTER, Jakobs, *Manual de derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González, 1997.
- GÜNTER, Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Thomson Civitas, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 2003.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo, *Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional. Hacia una justicia internacional*, España, Ministerio de Justicia: XXI Jornadas de Estudio, Madrid, 9 a 11 de junio de 1999, pp. 557-602.
- GROSSO GARCÍA, Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, 2006.
- HENAO CARDONA, Luis F, “¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2004, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360216>. Fecha de consulta: julio 22 de 2012.
- HERRERA FLORES, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005.
- HERZOG, Feliz, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”. (Perspectivas más allá del derecho penal), en Luis ARROYO ZAPATERO *et al.* (coord), *crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- HINKELAMMERT, Franz J., “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, en *Revista Pasos*, 85 (1999), Segunda época, en <http://new.pensamiento-penal.com.ar/16032009/filosofia01.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2013.
- LIROLA DELGADO, María y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena, *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Madrid, Ariel, 2001.
- MATTELART, A., *Un mundo vigilado*, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad, 161, trad. de Gilles Multigner, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo derecho penal autoritario: Consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo”, en Guillermo Portillas Contreras (coord.), *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 2 ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- OLÁSULO, Héctor, “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24 (2012), en [www.reei.org](http://www.reei.org) Fecha de consulta: enero 12 de 2013.
- PALACIOS VALENCIA, Yennesit, “El derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 21 (2) (julio-diciembre, 2010), Universidad Nacional de Costa Rica.
- PASTOR, Daniel R., “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, 2006.
- PÉREZ CEPEDA, Ana, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid, Iustel, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en Luis Arroyo Zapatero et al. (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*, Cuenca, Colección estudios, Castilla-La Mancha, 2003.
- RIGUERT, Fabian y PALACIOS, Leonardo, “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”, en *La Ley, Revista Universitaria*, 3, (2003), pp. 1-8.
- REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio et al. *Derecho Penal y Estado de Derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*. Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2008.
- SAAD, Hamid, En guerra y sanciones a Iraq. Naciones Unidas y el “nuevo orden mundial”. Valoración legal de las sanciones de NU sobre Iraq, en [http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib\\_int-96/legal.html](http://www.nodo50.org/csca/iraq/trib_int-96/legal.html). Fecha de consulta: mayo de 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 ed., Madrid, Civitas, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Latinoamericana, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de f, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2006.

