

**EL GARANTISMO EN EL DELITO DE REBELIÓN
REFLEXIONES CONSTITUCIONALES PARA COLOMBIA**

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**EL GARANTISMO EN EL DELITO DE REBELIÓN
REFLEXIONES CONSTITUCIONALES PARA COLOMBIA**

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el Título
Profesional de Abogado**

**Asesores:
Dr. JOSE ANTONIO ALAVA y
Dr. CESAR ENRIQUEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2007**

Las conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva de su autor. En consecuencia, se exonera de toda responsabilidad a la Universidad de Nariño.

Artículo 1 del Acuerdo Número 324 de Octubre 11 de 1.966 del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, 19 de noviembre de 2007

“Me doy cuenta de que proponer hoy una reforma garantista del sistema penal puede parecer algo banal y también irreal. Pero creo que precisamente en las situaciones de crisis volver los ojos hacia los principios puede ser la solución más creíble, aparte de la más eficaz y racional; y que precisamente en un momento de desorientación, de desconfianza general y de recelo y a la vez de confrontación política sobre la justicia, el reclamo del garantismo, como conjunto de vínculos y de reglas racionales y compartidas impuestas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del poder judicial, puede representar no solo la opción estratégica sino también el único terreno no resbaladizo de confrontación y de encuentro.”

LUIGI FERRAJOLI

CONTENIDO

INTRODUCCION	10
1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL.	12
2. EL DELITO DE REBELIÓN	44
2.1 OBSERVACION INICIAL	44
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	45
2.3 PUNICION DEL DELITO POLITICO	46
2.4 BENEFICIOS PARA EL DELINCUENTE POLÍTICO	50
2.4.1 La no extradición	50
2.4.2 La amnistía y el indulto	52
2.5 CONCLUSIONES PRELIMINARES	53
2.6 LA DISTINCIÓN ÓNTICA ENTRE EL DELINCUENTE POLÍTICO Y EL DELINCUENTE COMÚN.	54
2.7 CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE EL DELITO POLÍTICO.	56
2.8 EL DELITO DE REBELIÓN. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL.	61
2.9 LA COMPLEJIDAD FÁCTICA DEL DELITO DE REBELIÓN. LA RAZÓN DE SER DE LA ABSORCIÓN.	63
2.10 LA REBELIÓN Y EL GARANTISMO.	65
2.11 UNA ACLARACIÓN DE FIGURAS NECESARIA. EL CONCURSO DE TIPOS - LA CONEXIDAD.	68
3. LA SENTENCIA C – 456 DE 1997, SUS IMPLICACIONES EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL Y PROPUESTA DEL AUTOR.	75
3.1 LA SENTENCIA C – 456 DE 1997	75

3.2 LA SENTENCIA COMO REFLEJO DE UN DEBATE CONSTITUCIONAL ENTRE VALORES.	80
3.3 PROPUESTA DEL AUTOR	110
BIBLIOGRAFIA	122

RESUMEN

Este trabajo contiene una propuesta para redefinir en Colombia la tradición liberal del tratamiento punitivo benévolo al delincuente político al juzgarlo por los delitos comunes cometidos como medios para materializar su finalidad rebelde. La declaratoria de inconstitucionalidad en el año 1997 de la norma contenida en el Código Penal de 1980 que permitía la exoneración de pena por los delitos comunes cometidos con fines de rebelión, sentó las bases para concebir la Constitución Nacional como un derrotero, cuyos valores son de obligatoria realización, y ello comporta una excesiva subordinación del interés particular al interés general en abstracto, incluso hasta sacrificar garantías fundamentales como el non bis in ídem.

Desde la teoría del garantismo penal, que postula la separación entre *ser* y *deber ser* del derecho, el respeto por el principio de legalidad, el debido proceso, la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, y la actividad judicial como un proceso de comprobación de hechos antes que de valoración de conductas dañinas o socialmente inaceptables, proponemos que se reviva la absorción de la pena para los delitos comunes por la pena del tipo penal de la rebelión, considerando que en el fondo la conducta punible ha sido estructurada en la mente del delincuente en forma compleja, sin que fácticamente sea posible la realización de ésta sin la comisión de aquellas.

Esto es, si de acuerdo con la teoría del finalismo, toda acción es desarrollada con la previa planeación de los resultados y los medios que se usarán para ello, y es ese hecho el que el legislador toma desde la realidad para plasmarlo en la descripción que hace en los tipos penales, actualmente estaríamos juzgando la rebelión en contravía del finalismo, y por el contrario, la práctica judicial está aplicando varias penas por el mismo hecho.

ABSTRACT

This work contains a proposal to redefine in Colombia the liberal tradition from the benevolent punitive treatment to the political criminal when judging it for the common crimes made as means to materialize its rebellious purpose. The unconstitutionality declaration in the year 1997 of the norm contained in the Penal Code of 1980 that allowed the discharge of pain for the common crimes made with rebellion ends, sat down the bases to conceive the National Constitution as a course whose values are of obligatory realization, and an excessive subordination of the interest peculiar to the general interest behaves in abstract, even until sacrificing fundamental guarantees bis as the non in idem.

From the theory of the penal garantismo that postulates the separation among being and duty to be of the right, the respect for the principle of legality, the due process, the guarantee unless judged twice by the same fact, and the judicial activity as a process of confirmation of facts before of valuation of harmful or socially unacceptable behaviors, we intend that the absorption of the pain is revived for the common crimes by the pain of the penal type of the rebellion, considering that in the bottom the punishable behavior has been structured in the criminal's mind in complex form, without fácticamente is possible the realization of this without the commission of those.

This is, if in accordance with the theory of the finalismo, all action is developed with the previous planeación of the results and the means that will be used for it, and it is that fact the one that the legislator takes from the reality to capture it at the moment in the description that makes in the penal types, we would be judging the rebellion in contravía of the finalismo, and on the contrary, the judicial practice is applying several hardships for the same fact.

EL GARANTISMO EN EL DELITO DE REBELIÓN REFLEXIONES CONSTITUCIONALES PARA COLOMBIA

“Cedant arma togae”¹

INTRODUCCION

Las líneas que componen el presente trabajo obedecen a un intento del autor por responder una pregunta de orden cívico que tiene profundas implicaciones de orden académico: ¿es política y constitucionalmente legítima la respuesta judicial que actualmente está dando Colombia al delito de rebelión?

Se abordará el tema de un cuestionamiento académico acerca de la legitimidad política del tratamiento judicial que se está dando a la rebelión en nuestro país, por que se entiende el término “política” como íntimamente ligado al de Constitución. En efecto, entendida la Constitución como el trasunto de las valoraciones políticas y principios morales que una mayoría social alberga en su seno, y desea perpetuar a través de este instrumento jurídico para las futuras generaciones, convirtiendo su observancia en obligatoria para todo el conglomerado a fin de obtener estabilidad, un trabajo de estas características resulta teniendo implicaciones directas con la política. Conceptos éstos que, siendo tan cercanos, tienen también grandes diferencias que se dejarán en claro más adelante a fin de fijar una posición coherente.

Para el caso colombiano, el tratamiento judicial de toda conducta delictiva, y más concretamente de la desviación política, debe responder a los valores y principios que inspiraron la Constitución de 1991, uno de los cuales es el principio de legalidad, que, acuñado tras siglos de fervoroso sufrimiento, se convirtió en pilar fundamental de todos los ordenamientos jurídicos occidentales, mismo que encuentra desarrollo en diferentes normas de orden procesal y sustantivo como la contenida en el artículo 29 de nuestra Constitución, que, entre otras desarrolla las garantías al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Desarrollo y manifestación de este principio de legalidad, es lo que modernamente se denomina teoría del garantismo penal, la cual por su profundo contenido jurídico y político-democrático, será el faro que guiará el presente trabajo.²

¹ “Cedan las armas a las leyes”

² En este sentido vemos apoyo en la mayoría de las propuestas de corte liberal que también intentan aportar al mejoramiento del sistema penal colombiano. Cfr. entre otros, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, (Coordinador) GARANTISMO Y DERECHO PENAL. Ensayos de: FERRAJOLI, Luigi; OROZO ABAD, Ivan; GONZALEZ ZAPATA, Julio; LARRAURI PIJOAN, Elena; ANDRES IBAÑEZ, Perfecto; GASCÓN ABELLÁN, Marina; CHINCHILLA HERRERA Tulio Elí; REYES CUARTAS, José Fernando; CALLE CALDERÓN, Armando Luis. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Ed. Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2006. 222 págs. “*Por ello, la construcción de un derecho penal válido a partir de la comprensión y valoración del derecho positivo conforme a los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, y la crítica del derecho penal efectivo desde el punto de vista de sus propias fuentes de legitimación (Estado constitucional de derecho), constituyen el compromiso ineludible de un derecho penal garantista en Colombia.*” Cit. Pág. 119.

Conscientes de las limitaciones del lenguaje que han expuesto tanto las teorías del realismo norteamericano, como el mismo H.L.A. HART, este trabajo, de la mano de la teoría general del garantismo penal del Italiano LUIGI FERRAJOLI, busca hacer un aporte al sistema jurídico colombiano en ese sentido, buscando explicar un espacio de desregulación punitiva de la conexidad de los delitos comunes con el delito de rebelión, generado a raíz de una posición jurisprudencial de nuestra Corte Constitucional en el año de 1997.

De la misma manera, este trabajo es una reacción ante el abandono al que se han entregado algunas teorías modernas, partidarias de la descodificación, la desregulación y la deslegalización, frente a las dificultades que representa la interpretación de las normas jurídicas, y de donde puede derivar la arbitrariedad judicial. En efecto, la posición natural del garantismo frente a ese escepticismo es de total oposición, buscando la eficacia de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico a través de la reconstrucción del valor de la certeza o seguridad jurídica.

Obviamente, no se cree que la discrecionalidad derivada de la vaguedad del lenguaje se pueda suprimir definitivamente, sin embargo, no por ello se puede abandonar la lucha en pro de la seguridad jurídica, reafirmando el esquema básico del principio de estricta legalidad, que ve en la interpretación judicial una actividad eminentemente cognoscitiva antes que dispositiva, y en las premisas fácticas en que se funda una sentencia ve elementos susceptibles de evaluación a través del modelo de “*verdad/falsedad*”, propio del esquema garantista.

En otras palabras, la finalidad de estas líneas es la de aportar una visión garantista al actual modelo de juzgamiento del delito de rebelión en Colombia, con la correspondiente consideración acerca de la particular complejidad que implica su comisión, lo que lo hace una figura distinta de otras consagradas en el código penal. Todo ello tomando las bases teóricas del garantismo, tanto en el nivel constitucional de su discurso, como en el estrictamente dogmático que fue formulado por FERRAJOLI en Derecho y Razón, y también mostrando las implicaciones constitucionales de una declaratoria judicial de inexecutable de nuestra Corte Constitucional frente a la punición por la conexidad sustancial entre las figuras típicas del delito de rebelión y los delitos comunes de que aquella se sirve para su realización.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL.

“Legum omnes servi sumus, ut libere esse possimus.”³

Cuando nos referimos a la teoría del Garantismo, nos referimos, como su nombre lo indica, a “*garantías*”, a “*protección*”, a “*salvaguarda*”. Ahora bien, siendo ello así, las preguntas válidas son: ¿*garantías para que?* y ¿*Contra que o quien?*. Pues bien, refiriéndonos a la pregunta de las *garantías para que?*, cabe responder que dichos reforzamientos o precauciones tienen su razón de ser en la protección de “*derechos*”. En efecto, dado que la concepción actual acerca de cómo deben ser las formas jurídicas de los Estados se caracteriza por justificar su existencia solo en la medida en que ellos puedan proteger los derechos individuales, pues esas *garantías* sólo cobran validez en la medida en que sean usadas por el Estado para hacer efectivo su fin último para el cual, según las teorías iluministas, fue creado: “la mayor satisfacción posible de los derechos de los ciudadanos”.

De otro lado, el interrogante acerca de las “¿*Garantías contra que o quien?*”, nos remite directamente al problema de la invasión de las esferas irreductibles de libertad de los ciudadanos, así como también al problema de la efectividad de los derechos prestacionales. En efecto, así como lo muestra la moderna teoría de los derechos, ellos no pueden existir como tales sin que haya un correlativo obligado a respetarlos o concederlos. Y ese “*alguien*” es el Estado. Es decir, que ese halo de protección por el cual propugna la teoría del Garantismo penal es, en últimas, en pro de los derechos de los individuos, “*contra los abusos del poder estatal*”. Al menos así fue concebido en un inicio, cuando, el Estado, cuya primera manifestación fue la del Liberal Clásico, se creyó como únicamente obligado a limitar su poder omnímodo de ejercicio sobre las libertades de los asociados.

Es por ello que, la teoría del garantismo penal se corresponde directamente con una concepción minimalista del derecho penal, que no le confíe a este órgano de control social formal, más facultades o funciones que aquellas que efectivamente está en disposición de cumplir.

Esto es que, en esa medida, la teoría del garantismo conlleva como un concepto ínsito en sí misma, un manejo racional de la fuerza que está impresa en la represión estatal de las conductas desviadas. Ello por cuanto somete dicha fuerza a los límites establecidos en la ley, tanto en la tipificación de las conductas punibles, como en las formas procesales para su tratamiento, cobrando fuerza, respectivamente, tanto los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad, como los de la contradicción de la prueba, equivalencia de potencias entre la acusación y la defensa, presunción de inocencia, etc.

³ “Todos somos esclavos de la ley, para poder ser libres.”

Obviamente, y como brevemente se explicará más adelante, en los tiempos recientes la forma jurídico-constitucional del clásico Estado de Derecho evolucionó a la del “Estado Social de Derecho”, a la cual se le atribuyeron también las llamadas “*obligaciones prestacionales*” en contraposición a las primeras “*obligaciones negativas*”, o “*de abstención*” que le hicieron ganar su calificativo de Estado Gendarme.

Estas obligaciones “*prestacionales*” también son objeto de “*protección*” dentro de la teoría del Garantismo. Por lo cual, bien se puede hablar de Garantismo en diferentes temas, tanto en lo social, como en lo atinente a las libertades individuales. Y, jurídicamente hablando, esto se traduce en que válidamente puede haber un “Garantismo social”, un “Garantismo laboral”, un “Garantismo familiar”, un “Garantismo Penal”, etc⁴

Sin embargo, a pesar de la amplia gama de posibilidades en que el Garantismo puede manifestarse, aquella en donde cobra mayor validez, mayor importancia, y, aquella también en la que ha tenido mayor desarrollo y elaboración teórica, es en el Derecho Penal, precisamente por la naturaleza de éste último, que, desde una visión democrática, tiende a constituirse en una herramienta de protección de quien es sujeto de la acción de la justicia a través de todo el poder del Estado.

Es oportuno aquí resaltar que, a pesar del orden de la exposición presentada, no se busca significar que el terreno de desarrollo del garantismo fue otro antes que el del propio derecho penal. Esto es, de manera expresa: el garantismo surge como teoría del garantismo *penal*, a favor de la libertad y con el afán de reducir los abusos en el castigo de los punibles. Sin embargo, el desarrollo que ha tenido en su elaboración teórica, atribuible en gran medida a los estudios de LUIGI FERRAJOLI, le han permitido trascender la esfera del discurso jurídico penal, para propender por la tutela de otros derechos diferentes a los de mera libertad, esto es, en pro de los derechos prestacionales; frente a actores diferentes a los poderes públicos, limitando también los poderes privados; y no solamente en el terreno de lo doméstico, de lo nacional, sino también en el ámbito internacional.

Como resultado de esta transición de la sola tutela de los derechos de libertad a la tutela también de los derechos prestacionales, previa la consideración de que frente al cumplimiento de estos derechos positivos se da para el estado la correlativa existencia de vínculos u obligaciones que así se lo imponen, se tiene

⁴ Así, por ejemplo, JAVIER ARISTIZÁBAL VILLA habla de un garantismo constitucional que entiende en términos de garantías a favor del ciudadano para hacer realidad los derechos consagrados a su favor en la Constitución, así como también para hacer realidad los límites al poder del Estado que favorecen el ejercicio de esos derechos, a través del estricto seguimiento de los procedimientos establecidos para la producción de las normas de rango legal, así como también por el respeto sustantivo de éstas a los valores consagrados en la Constitución. “*por garantismo constitucional entendemos al conjunto de protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente al modelo de Estado constitucional de derecho, tanto en cuanto a las formas de producción del derecho, como también en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales.*” En: ARISTIZABAL VILLA, Javier. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.5 2005 No. 1 pp. 141-147 ISSN 1657-3978. Documento de internet.

que el papel del estado cambia, dejando de verse solamente como un agente que “posiblemente atenta” contra los derechos de los ciudadanos, para pasar a ser un promotor de los derechos prestacionales, lo que conlleva el aumento de la legitimidad del estado, o, al menos, un cambio en su fundamento.

Por su parte, si bien se tiene en cuenta que la efectiva realización de un garantismo internacional comporta diferentes dificultades, como la creación de un gobierno democrático mundial, el cambio de dirección de la corriente mundial por que actualmente no se dirige precisamente hacia hacer realidad el garantismo, y el peligro de que desaparezcan los estados nacionales tal como los conocemos a causa del mismo fenómeno globalizador, lo cual hace del paradigma garantista a nivel internacional algo difícil de conseguir a corto plazo, la mayor dificultad está en conseguir el mantenimiento indefinido o a largo plazo del estado actual de cosas sin que la pobreza, la exclusión y el hambre de la mayoría obligue a su colapso.

Esto último implica que, a pesar de las dificultades de orden práctico que el cambio conlleva, puesto que en últimas todo depende de una voluntad política, nada en el terreno de lo posible impide que efectivamente el modelo garantista se realice, con las obvias limitaciones que le son naturales por que la calificación de garantista de un determinado modelo es una cuestión de grado. Y su realización, más que por la instauración de un gobierno mundial o algo similar pasa principalmente por la instauración de garantías para los derechos, cuya legitimidad derive de la ley y no de la decisión de las mayorías. Al respecto se menciona que el marco normativo para ello, la “*constitución cosmopolita*” de que habla FERRAJOLI, ya es un fenómeno normativamente existente en la actualidad (piénsese en todas las normas de derecho internacional vigentes).

Dado que a través del derecho penal se hace efectiva toda la fuerza estatal para reprimir las conductas punibles, ésta rama del derecho debe ser especialmente limitada a través de normas jurídicas de diferentes niveles. Así, el art. 29 C.N. contiene a favor de todos los colombianos el derecho de defensa y la garantía al debido proceso, mismo que la doctrina ha desarrollado para reducir los espacios de discrecionalidad judicial en cuanto atañe a la decisión sobre la libertad individual del procesado.

El avance de este afán por cerrar filas contra el “decisionismo”⁵ ha heredado a la humanidad la Teoría del Garantismo en el derecho penal, uno de cuyos máximos exponentes es el italiano LUIGI FERRAJOLI, quien en su obra *Derecho y Razón* se

⁵ FERRAJOLI, Luigi, DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Trad. de: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. RUIZ MIGUEL, Alfonso. BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Ed. Trotta S.A., Madrid. 1995. 991 págs. Aquí el término es asociado por Luigi Ferrajoli con el autoritarismo judicial, o sea, la carencia de límites sustanciales y/o procesales que conllevan a que la decisión del juez sea inmotivada o caprichosa, permitiéndole la sustentación de sus fallos con base en circunstancias que no constituyen hechos empíricamente verificables, y por tanto, no susceptibles de objeción y discusión dentro del juicio por parte de la defensa. Esto es, que la motivación de la sentencia escapa a toda revisión, a través del cuestionamiento y refutación racional de los “hechos” en que se funda.

ha esforzado por elaborar unas tesis que sistematizan la concepción sobre el tema, como es natural, desde una óptica neo-iuspositivista.

Al respecto, la obra insigne, la que no se puede pasar por alto si hablamos de Garantismo penal, es la del maestro italiano LUIGI FERRAJOLI intitulada “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, quien, en la modernidad ha sistematizado, desde una amplia preparación en lógica y filosofía jurídica, así como también desde su experiencia judicial, una teoría general del Garantismo penal, la cual no es un modelo de sistema jurídico a aplicar en un determinado entorno social, sino que se constituye en un modelo general, de tipo metodológico, cuya finalidad es servir de parámetro para evaluar, como cuestión de grado que es⁶, el nivel de “*Garantismo*” vigente en un sistema penal particularmente considerado.

La teoría del garantismo revela que la justificación política del derecho penal está en la profunda conexión entre éste y las garantías a los derechos del procesado, dado que, al existir estas, irremediamente se limitan las formas abusivas y desreguladas de ejercer la reacción frente al ilícito. Esto es lo que FERRAJOLI denomina la “*justificación externa del derecho penal*”.

Es decir que, en virtud de esta justificación externa de la ley penal, las garantías se constituyen en formas de protección, tanto de la sociedad, en su calidad de directa titular de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, como del procesado, en tanto limita la forma y fondo de ejercer la potestad punitiva del Estado.

Dichas garantías, no sobra recordarlo, fueron también el punto de partida del iluminismo que dio lugar al derecho penal moderno. Sin embargo, la concepción de garantías ha sido en forma clásica relacionada con las *garantías procesales*, lo cual lleva implícito el concepto de juicio o proceso penal, como la del derecho de defensa, el contradictorio, el juicio público, la equivalencia entre acusación y defensa, etc. Sin embargo, a la luz de esta *revitalización del derecho penal liberal* que constituye el garantismo, esas garantías trascienden el plano meramente procesal –y también judicial- para cobrar mucha mayor validez en el plano sustancial y con él en la esfera de ejercicio del legislativo, a través de principios como el de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, etc.

⁶ “Aún cuando nunca sea ‘nulo’, y ni siquiera anulable, este poder (de comprobación o de verificación) puede ser más o menos extenso según los espacios de discrecionalidad determinados por los cuatro límites intrínsecos a la verdad procesal que he ilustrado más arriba. Y puede transformarse en poder ‘de disposición’ cuando, según se verá en el apartado 12, tales espacios traspasan las fronteras del arbitrio: en tal caso, al faltar las condiciones mínimas de la decidibilidad de la verdad procesal, las decisiones judiciales no versan sobre la verdad sino sobre otros valores. Se deberá, pues, hablar en vez de alternativa entre garantismo y autoritarismo, como por simplicidad se ha hecho hasta ahora, de grado de garantismo de los sistemas penales concretos según el grado de decidibilidad de la verdad procesal que permitan normativamente y satisfagan efectivamente. En realidad, puesto que las condiciones de decidibilidad, no menos que los criterios de decisión de la verdad procesal, son también condiciones y criterios jurídico-normativos, depende de la estructura legal del ordenamiento penal y procesal el que el poder judicial sea predominantemente poder de cognición o predominantemente poder de disposición.” En: FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit. Págs. 69, 70.

Esta es la forma en que el derecho penal salva la crítica formulada por las doctrinas abolicionistas en el sentido de que la pena se constituye en una segunda violencia impresa a la primera denominada “delito”, y que deviene innecesaria e inhumana.⁷ En otras palabras, el derecho penal sólo cobra plena validez y se justifica en la medida en que a la vez constituye una barrera efectiva contra quienes pretenden atentar contra los derechos de los asociados, considerados como las potenciales víctimas, así como también contra quienes ejercen la persecución penal contra el procesado.

Esta teoría también contradice directamente las concepciones retribucionistas y utilitaristas de la pena. En efecto, en tanto las primeras, al modelo de Kant y Hegel, consideran que la pena es una forma de “vengar” a la sociedad por la falta cometida por el delincuente, las segundas consideran que la medida de la justificación de la pena está en la protección de la sociedad. Ambas formas de concebir la pena resultan contrarias a una concepción democrática del derecho penal y heredera de las ideas iluministas.

Así pues, considerada en últimas, la teoría del garantismo deriva en una genérica “protección del más débil”, que en el momento de la comisión del delito es la víctima, y en el momento del juicio es el procesado. Ello no puede ser de otra forma si recordamos que el fundamento moderno de los estados está en el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, siendo el primordial de ellos la dignidad humana, que, para el caso patrio, es uno de los pilares básicos en que se funda todo el ordenamiento jurídico nacional y es a la vez objetivo y límite de las actuaciones del Estado.

⁷ Obviamente, esta idea se expone dejando a salvo las minucias de la discusión planteadas por algunos abolicionistas en torno al tema de la sustitución de la pena de prisión por otro tipo de solución a las conductas punibles. En efecto, las críticas hechas por los abolicionistas a la ínsita justificación de la pena de prisión que hay en el discurso de FERRAJOLI en *Derecho y Razón*, no se abordarán en este estudio como una posibilidad para Colombia, por considerarse que es un tema para un estudio aparte, especialmente si consideramos el tendencial comportamiento de la cultura nacional que favorece ver en el derecho penal la única forma de control social que evita las conductas punibles, suponiendo que el endurecimiento de las penas y la finalidad exclusivamente *vengativa* de las mismas contra el delincuente, son las respuestas más legítimas para prevenirlo. Para efectos de solo dejar mencionado el tema, baste por ahora señalar que algunos autores señalan errores en la apreciación histórica de FERRAJOLI al señalar que en la etapa previa a la instauración del derecho penal, y con él, de la adopción de la pena privativa de la libertad, las penas aplicadas por los grupos sociales eran todas sanguinarias, desproporcionadas e irracionales, y que la adopción del sistema penal moderno implicó la disminución de la violencia del sistema. Los abolicionistas señalan que, por el contrario, no todos los castigos penales revestían tal carácter, sino que, lo que el italiano señala genéricamente como “*venganza privada*”, era en la realidad, un espacio de participación de las víctimas para elegir la opción con la cual ellas consideraban que la agresión quedaba subsanada, dando paso a, V.gr: la reparación, el perdón, el acudir a terceros sin facultades impositivas como el líder de la comunidad, o un notario, etc., todo con la finalidad de evitar todo el proceso penal formal. Con ello dejan sin piso el argumento sobre el que se funda la legitimación de la actual pena de prisión frente a otras formas de respuesta al delito, mostrándose como la menos lesiva, la más racional y propia de las democracias elaboradas. Adicionalmente, pensamos que el tema es tan extenso que bien podría abarcar un trabajo de grado completo. Cfr, V.gr: LARRAURI PIJOAN, Elena. *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, Op. cit., Pág. 65 y ss. O, con sus propias palabras: “*En definitiva, el tránsito progresivo de un derecho penal “privado” disperso a un derecho “público” concentrado debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó la expropiación del poder de castigar del ofendido, que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses.*”

Esta concepción del derecho penal en general, y de la pena en particular como directamente dependientes en su legitimidad del grado de garantías que puedan satisfacer en un ordenamiento jurídico específico es la que marca la diferencia al compararla con la justificación de que se proveen las doctrinas utilitaristas y retribucionistas.

En efecto, mientras que el utilitarismo y el retribucionismo justifican la existencia de la pena en la medida en que cumpla con los fines que *a priori* le han otorgado, la teoría del garantismo otorga una justificación del derecho penal (y también de la pena), digamos, provisional, en la medida en que sólo se le otorga dicha legitimidad si es capaz de cumplir con las garantías que “externamente” al mismo derecho penal se han configurado como sus criterios de verificación.

Esta concepción tiene una *ventaja* adicional, en la medida en que esos criterios de verificación permiten la revisión de todos los sistemas penales, pero no les otorgan un resultado favorable, previo el análisis. Mientras que bajo las otras ópticas, ese mismo criterio de verificación es útil, desde el principio, y sin mayores análisis, para avalar cualquier forma penal y procesal, en la medida en que satisfaga el “ojo por ojo” y la “protección de la sociedad”. La falacia del argumento que plantean estas teorías está en que su criterio de verificación es a la vez juez y parte, motivo y evaluador de su pertinencia. Es decir, que bajo el paradigma garantista, la justificación de la pena, o de un sistema penal sólo puede darse tras el examen de las instituciones a evaluar, y no antes, como sucede con las doctrinas retribucionistas y utilitaristas.

Por ese mismo motivo las “*garantías*” constituyen a la vez, la razón de ser del derecho penal como “*ley del más débil*”, y posibilidad de evaluación o refutabilidad del mismo, estando presente también en el plano de la crítica de la normatividad y de su puesta en práctica.

De otro lado, esta misma concepción permite ver desde una óptica más clara el papel de la justicia, y la forma de justificación de su papel dentro de la sociedad. En efecto, la legitimidad de los aparatos administradores de justicia radica precisamente en que sus decisiones no necesariamente tienen que corresponderse con la posición de la mayoría de los asociados.

En otras palabras, el tan mencionado principio de la “independencia judicial” tiene que ver con que las decisiones del juez no se toman para satisfacer este o aquel sector de la sociedad, o la mayoría de ella, sino que sus decisiones se apoyan en la *verdad*⁸ de sus proposiciones, tanto de las fácticas, como de las jurídicas.

En esa medida, perfectamente se puede afirmar que dentro de las decisiones judiciales no se puede pensar en “democracia”, entendida en la forma clásica de

⁸ Este término “*verdad*” se explicará con mayor detalle más adelante, cuando se entre a hacer el análisis del acápite correspondiente al tema, según el texto del maestro Ferrajoli.

disposición amplia, total y desregulada por parte de la mayoría, de los bienes y derechos que entran en juego en la dinámica social. Ello por cuanto la tendencia habitual de los grupos sociales es la de pensar en el derecho penal como una forma de prevenir el delito (utilitarismo) y/o de vengar la comisión de un punible (retribucionismo), excediendo clara y ampliamente las posibilidades de este órgano de control social. En palabras del Maestro FERRAJOLI:

“Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe de facto una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es “democrática”, si por “democracia” se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. La batalla por el garantismo penal, ha escrito NORBERTO BOBBIO, siempre ha sido una “batalla de la minoría””⁹

Por el contrario, la forma en que las decisiones judiciales adquieren toda su legitimidad y corrección está en la “técnica” que se vea empleada en cada sentencia para interpretar restrictivamente los delitos, sus agravantes y las penas, como ampliamente los atenuantes de la conducta, etc. Es decir, dando aplicación estricta al principio de la favorabilidad penal, así como también a la imparcialidad, la verificabilidad y refutabilidad de las premisas en que funda sus conclusiones, la estricta legalidad, la carga de la prueba para la acusación y el contradictorio. En este punto, la elocuencia de FERRAJOLI es contundente:

“No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.”¹⁰

Es por esto mismo que el garantismo, es a su vez una teoría jurídica y una teoría política, por cuanto imprime una nueva concepción del término “*Democracia*”, ya que, dentro de su concepción está el respeto hacia los principios consagrados en la Constitución. Esto es que, el ejercicio de la democracia sólo puede ser tal en la medida en que se circunscriba a los límites impuestos por la carta superior, lo cual hace entender que ya se deja como superada la concepción de la democracia como posibilidad de disposición total por parte de los asociados. En otras palabras, la democracia en un estado moderno está obligada a respetar los valores de la constitución, tanto para las instituciones oficiales, como para las mayorías, ya sea ejerciendo directamente su poder, o a través de representantes. Es, en últimas, en palabras de MARINA GASCÓN ABELLÁN, una “*metateoría jurídica*”¹¹, cuya finalidad es la *democracia sustancial*.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. GARANTÍAS Y DERECHO PENAL, en: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op., cit.

¹⁰ Ibidem, pág. 9.

¹¹ Ibidem, pág. 30.

“La idea de la democracia constitucional expresada por el paradigma garantista es, por tanto, opuesta a la imagen de la democracia mayoritaria o plebiscitaria que hoy domina, al menos en Italia, y que se basa en la confusión entre democracia y principio de la mayoría. La democracia constitucional designa un complejo sistema de separaciones y equilibrios, de límites y contrapesos, de garantías para la tutela de los derechos de todos, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones. Desgraciadamente esta imagen de la democracia resulta hoy oscurecida en la opinión común y ha sido sustituida por la idea de “democracia” como omnipotencia de la mayoría, a la que le estaría permitido cualquier abuso, y por la correlativa de “liberalismo” como ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa. Es hoy tarea de la cultura jurídica –no solo penalista sino también constitucionalista- restaurarla, ante todo en las propias doctrinas y, por tanto, en el imaginario colectivo.”¹²

Dicho sea de paso, y no sobra recordarlo, tomando en este sentido a la democracia moderna, el garantismo resulta también muy cercano a las teorías contractualistas, en tanto retoma el “pacto social” contenido en la constitución como criterio máximo que ordena la vida de los asociados¹³. Pero, la más cercana de las teorías contractualistas es la de John Locke, dada su interpretación como democracia sustancial, o de respeto y garantía a los derechos fundamentales, en contraposición al contractualismo de vertiente Rousseauiana que no ve límites en el poder de las mayorías.

Como se ve, garantismo y constitución son términos muy cercanos, lo que hace que este nuevo “*nivel jurídico*”¹⁴ -el de la constitución-, reevaluado en su significado e importancia en los últimos tiempos, cobre un papel preponderante como norma de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación directa de las garantías contenidas en ella y que no están en la ley.

Esta parte de la constitución que sujeta a todos los poderes, tanto estatales como al mismo poder popular, y que ya no es legítimo disponer bajo ninguna circunstancia, es la que alude a la calidad de iguales de los ciudadanos, y a sus derechos fundamentales. Condiciones ambas que, no tanto por estar

¹² FERRAJOLI, Luigi. GARANTÍAS Y DERECHO PENAL, en: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. pág. 12.

¹³ En efecto, dicho pacto cobra toda su validez en la medida en que se convierte en criterio de obligatoria observancia también para el mismo poder legislativo. Esto es que, sus actos, políticos como son en la realidad, no son un espacio completamente desregulado, o “*complejo*” si usamos términos de la sociología de la complejidad de Niklas Luhmann, sino que, por el contrario, resultan también sometidos a la genérica y amplia, pero también ambiciosa, regulación constitucional. Ergo, la política ya no resulta teniendo esa *paternidad* absoluta sobre el derecho, puesto que el cambio de paradigma trastoca las relaciones entre ambos, siendo, de acuerdo con la nueva concepción, el mundo del derecho el que define lo que es “decidible” y lo “no decidible” mediante el juego democrático de las mayorías.

¹⁴ Entiéndase el término dentro de la acepción kelseniana del ordenamiento jurídico como una pirámide constituida por diferentes niveles de normas, unas sujetas a otras tanto en su contenido como en el margen de regulación que le es otorgado por la norma de rango superior.

constitucionalizadas, como por ser el núcleo esencial del juego democrático, no pueden ser eliminadas aún por las propias mayorías, so pena de eliminar las mismas reglas del juego que le permitieron tomar dicha decisión.

Corolario de lo anterior es que, los derechos fundamentales no son susceptibles de disposición. Esto es, son valores absolutos objeto de respeto por parte de quienes pueden agredirlos, como el Estado o los particulares, como de quienes son sus titulares, es decir los propios asociados. En esta medida, solo así los derechos fundamentales toman su carácter de universales, de lo contrario, perderían tal entidad para pasar a equipararse a cualquier otro derecho de contenido patrimonial, por poderse disponer de ellos mediante actos privados. En un primer plano, digamos estrictamente jurídico, los derechos fundamentales no son objeto de disposición simple y llanamente por que así lo prescriben los ordenamientos jurídicos modernos, so pena de calificar como inexistente el acto mediante el cual se hagan dichas disposiciones. Este es un argumento eminentemente normativo, de poder si se quiere, que no puede desconocerse sin lesionar gravemente las funciones que el garantismo otorga a la ciencia jurídica. Es decir, que como se ha afirmado, la dogmática jurídica tiene como función la descripción del ordenamiento jurídico vigente, sin incurrir en valoraciones externas a él, lo cual es propio del plano de la ética y la política. Por ello, no se puede desconocer el hecho de que los sistemas jurídicos modernos prescriban la intangibilidad de los derechos fundamentales. Mientras que en un segundo plano, que podríamos denominar ético, esa disponibilidad queda librada al debate que la sociedad quiera dar frente a ello, y consecuentemente, a la obligatoriedad y alcance que le quiera dar en las normas que los contengan.

Por su parte, la indisponibilidad de los derechos fundamentales por parte de los mismos asociados tiene el alcance genérico de que no puede haber actos jurídicos (o normas) de inferior categoría a aquellos en los que se han consagrado los derechos fundamentales (sean legales o constitucionales), que contengan la disposición o modificación de ellos.

Ello implica que los derechos fundamentales no son disponibles pero solamente en un plano jurídico, mas no en un plano ético, el cual sigue siendo desregulado y susceptible de discusión. Por esto, los derechos fundamentales pueden modificarse, no se constituyen en cláusulas pétreas cuyo cambio sea imposible en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, ya que perfectamente ello puede hacerse, desde el plano legal si ellos están contenidos en normas con fuerza de ley, o en el plano constitucional si están consagrados en normas constitucionales, a menos que las mismas cartas superiores establezcan límites o garantías reforzadas a sus procesos de cambio.

Una cosa es que sea deseable que los derechos fundamentales tengan una total rigidez en las constituciones, de tal manera que su disposición sea imposible, lo cual comporta una valoración eminentemente política, más no jurídica y menos descriptiva de lo que efectivamente sucede, mientras que otra cosa distinta es que

esa rigidez absoluta sobre la disposición de los derechos fundamentales se pueda predicar ya frente a ciertos ordenamientos jurídicos, siendo esto si una constatación, una descripción de un fenómeno que muestra que en ciertos países le ha sido dado a los derechos humanos un *plusvalor constitucional* frente a otros derechos.

Esto último redundaría en que la teoría de la democracia que es concordante con el garantismo es únicamente aquella que prescribe no solamente los sujetos y los procedimientos para proferir normas jurídicas, sino también aquella que prescribe lo que es lícito decidir, o mejor, por vía negativa, lo que no es lícito decidir, entendiéndose como tales, las reglas mínimas sobre respeto a las minorías por parte de las mayorías en el poder y las reglas mismas del juego democrático.¹⁵

En cuanto afecta la concepción misma que de la democracia se tiene, bien puede afirmarse que estos postulados de sujeción mínima del juego democrático a ciertos límites sustanciales, implican la abolición del viejo paradigma de la soberanía popular. En efecto, si la soberanía se entiende como *potestas legibus soluta*, esta resulta incompatible con la idea de espacios intangibles para las mayorías. En últimas se termina aceptando como virtud del sistema la observación que fuera formulada a manera de crítica y que consiste en que con esta visión de la democracia se atan las manos a las futuras generaciones. Pero, se aclara, sus manos quedan atadas en cuanto pueden disponer en contra de los derechos ya establecidos, aboliéndolos, más no para ampliarlos, siendo su única restricción la que les prohíbe disponer del mismo mecanismo de gobierno democrático para abolirlo en contra de los derechos de las futuras generaciones.

Así pues, teniendo en cuenta que la soberanía popular, entendida como se afirmó, en el sentido de facultad desregulada de acción, es incompatible con el modelo del estado de derecho, y la incompatibilidad es aún mayor con relación al modelo del estado constitucional de derecho, puesto que los vínculos sustanciales de éste último frente a las actuaciones de los poderes públicos y privados es mucho mayor, se tiene que la concepción del “pueblo” también se modifica, puesto que deja de ser considerado como un “*macro-sujeto dotado de una voluntad general unitaria*”¹⁶ y pasa a ser definido, en forma más realista, como un conjunto de sujetos, dueños cada uno de sus propios derechos, potestades y opiniones.

En últimas, la nueva concepción de la soberanía la considera como el conjunto de los derechos de que son titulares los ciudadanos, considerando la soberanía en forma fragmentada, que se manifiesta en partículas denominadas *derechos*, y además, como aquella potestad de que es titular el pueblo, limitativa de los poderes del estado, de sus propios dirigentes que pueden aniquilarla.

¹⁵ Que en términos de FERRAJOLI es “la regla que pone a la democracia a salvo de su autodestrucción”.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO. UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Trad. de: GREPPI, Andrea. Ed. Trotta S.A. Madrid. 2006. 132 págs. pág. 107.

Este cambio en la concepción de la soberanía implica también un cambio en la concepción de la democracia constitucional, puesto que su fundamento radica más en los contenidos de lo que en virtud de ella se decide, que en las formas seguidas para la toma de esas decisiones. Además, ese fundamento se extiende también al hecho de que la Constitución es un pacto que se muestra por igual como garantía para todos, contenido de derechos cuya titularidad se otorga a todas y todos, mas que un pacto para cuya consolidación hayan concurrido las voluntades de todos los ciudadanos al unísono, lo cual es inexistente, irreal, y no más que un mito propio del contractualismo de corte rousseauiano.

Visto así, el garantismo, tiene implicaciones a la vez en tres niveles de uso del derecho:

- Uno primero en tanto permite servir como faro para interpretar –en forma garantista- las normas jurídicas, buscando hacer realidad los derechos fundamentales plasmados en la constitución. Es decir, en este nivel la hermenéutica está al servicio de la democracia sustancial.
- En un segundo escenario, también dentro del modelo de la dogmática, el garantismo nos pone de presente su posibilidad de servir como elemento para “criticar” el derecho vigente, permitiendo medir el grado de garantías que una norma¹⁷ o procedimiento otorga a los derechos de los asociados o procesados, de acuerdo con la constitución.
- De la misma manera, la teoría del garantismo también se desenvuelve adecuadamente en el plano de la crítica del derecho, pero desde fuera del derecho. Es decir que de alguna manera se le puede calificar de una teoría que brinda un fundamento “hetero-poiético” a la evaluación de la legitimidad de las normas. En otras palabras, las normas jurídicas dejan su referente “constitucional” como único criterio de confrontación, para pasar a ser confrontadas en un plano de filosofía política. Es por ello que también se califica al garantismo de teoría política. Es decir que, en este plano cobra plena validez la distinción entre derecho y moral, ya que el enjuiciamiento al derecho, desde fuera del mismo derecho no deja sin validez las normas jurídicas como lo propone el iusnaturalismo, pero al mismo tiempo tampoco cae en lo que FERRAJOLI denomina el “legalismo ético” consistente en creer que por estar establecido como prohibición en una norma jurídica, cualquier cosa que diga la ley es axiológicamente aceptable. Esta concepción tiene una connotación adicional, y es que permite concebir al derecho como un sistema que, aunque autosuficiente en su elaboración y crítica, también es capaz de buscar justificaciones a sus conceptos desde lo contingente, condicionado y a posteriori de las circunstancias sociales. Luego, la función

¹⁷ Entiéndase aquí al término “norma” en un concepto amplio, aludiendo de igual manera a las leyes, acuerdos, resoluciones, etc; abarcando, de acuerdo con el modelo kelseniano, hasta la sentencia como última norma susceptible de ser analizada en nuestro caso desde el punto de vista de su grado de respeto por las garantías penales.

de la teoría jurídica vista desde el garantismo también es la de ejercer análisis, y, en cierta manera, un control sobre las concepciones teóricas y políticas fundamentales, aún haciendo objeto de revisión las mismas normas constitucionales que las contienen. “Le corresponde, en suma, la tarea de analizar los modelos garantistas de legalidad y de **denunciar la ilegitimidad externa de los sistemas jurídicos que a ellos se remiten.**”¹⁸ (negrilla fuera del texto original)

De esta última función de la ciencia del derecho –la crítica al mismo derecho– se tiene que frente a la justificación de los derechos fundamentales, el discurso sobre su fundamento racional no es completamente descartado en el garantismo. Esto es, la teoría garantista descarta que esos derechos fundamentales puedan ser cognoscibles a partir de su existencia en un mundo objetivo, mientras que lo que sí defiende es que se pueda discurrir racionalmente sobre la prevalencia que a cualquiera de ellos se pueda dar frente a otros en un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no implica necesariamente que de la valoración *ético-política* que se haga acerca de la prevalencia de cualquiera de los derechos defendidos, se siga predicar su juridicidad, puesto que ello implicaría la confusión entre las esferas *descriptiva* y *ético-política* de la ciencia del derecho que defiende el garantismo. En otras palabras, sostener que un derecho reviste la calidad de fundamental es una discusión que se lleva en el plano de lo moral, de lo ético, de lo opinable, y para cuya consagración como obligación jurídica para los poderes públicos y particulares es necesario pasar por el procedimiento *jurídicamente* establecido para revestir de la calidad de jurídica, dicha prescripción deseable (moral). Es en este plano moral, de lo deseable que FERRAJOLI sostiene –recordando las tragedias históricas más que pensando en un orden objetivo de valores, trascendental y gaseoso que haya que respetar– que la justificación racional de los derechos fundamentales está en los valores de igualdad, democracia, paz y la protección del más débil frente al más fuerte.

En esta medida, la legitimidad de esta función de la ciencia del derecho dada por la teoría garantista está, en últimas, en la posibilidad de que tanto la constitución misma, como los criterios con base en los cuales el resto del ordenamiento jurídico evalúa su conformidad con ella, estén en constante cambio, abriendo así las posibilidades para incluir nuevos derechos dentro de los ordenamientos jurídicos, así como también nuevas técnicas de garantía de los mismos.

De otro lado, esta misma concepción del garantismo como modelo político también conlleva a que para el juez, la sujeción a la ley ya no sólo sea una obligación jurídica, sino también una obligación moral o política, ya que el

¹⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 29.

ejercicio de su papel así se lo exige, compeliéndolo a juzgar sólo con fundamento en normas jurídicas.

De este modo, a la luz de la teoría del garantismo, con la Constitución como nuevo faro que guía la producción legislativa y la hermenéutica judicial, el clásico “*principio de legalidad*” pasa a ser una suerte de “*principio de constitucionalidad*”, lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta que el principal objetivo de esta teoría es la reducción de espacios de discrecionalidad y vaguedad del lenguaje, al tiempo que la textura de las normas constitucionales siempre es abierta y tendencialmente valorativa, es decir, susceptible de interpretación con un mayor margen de libertad.

FERRAJOLI reconoce que esta mencionada paradoja es algo presente en su teoría, sin embargo, válidamente se puede alegar que ello no es un defecto del garantismo visto en su correlativo paradigma constitucional, sino que es algo inexorablemente presente en los sistemas normativos modernos, dependiendo del grado de *incerteza* u *opinabilidad* de los principios constitucionales formulados en forma vaga o valorativa que lo informan.¹⁹ Y adicionalmente se sostiene que esa tendencial vaguedad o indeterminación de las normas constitucionales es la que permite “la incertidumbre del derecho y la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional”, que, para el caso colombiano bien puede asemejarse a la denominada “*jurisprudencia tómbola*” de la que se acusa a nuestra Corte Constitucional. De todos modos, una y otra no se alejan del panorama jurídico por que exista una teoría que las niegue, sino que, por el contrario, solo podrán ser superadas en la medida en que sean reconocidas como un fenómeno presente en la interpretación diaria de la ley, y a pesar de ello, la teoría sea también capaz de poner en evidencia la necesidad, y exigir un lenguaje constitucional mas preciso.

Se pone en evidencia también, que esta *opinabilidad* de que están dotados los juicios de validez/invalides constitucional son exactamente los mismos de que se reviste la hermenéutica en el nivel legal²⁰, puesto que diferentes instituciones jurídicas en la ley también otorgan potestades interpretativas al juez que no son precisamente las mas limitativas. En esa medida, si la vaguedad del lenguaje del derecho se presenta como un escollo generalizado, tanto para la jurisdicción constitucional como para la ordinaria en sus diferentes ramas, los juicios de constitucionalidad se convierten en una manera de limitación de los poderes legislativos, en tanto dejan sin valor las normas expedidas con violación de principios constitucionales, y para la actividad jurisdiccional ordinaria se tiene que

¹⁹ “*Observo, ante todo, que ciertamente no depende de mis tesis teóricas, sino de la estructura normativa de los estados constitucionales de derecho que mis tesis se limitan a reflejar, la posible y a veces opinable invalidez sustancial de las normas legales por incoherencia con principios constitucionales formulados en términos vagos y/o valorativos, y por tanto el carácter valorativo y no puramente descriptivo de los relativos juicios de inconstitucionalidad*”. FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. Cit. Pág. 64.

²⁰ Piénsese, por ejemplo en instituciones y fórmulas jurídicas como la “libre apreciación probatoria”, “un buen padre de familia”, “las reglas de la sana crítica”, “las reglas de la experiencia”, etc

esas valoraciones contenidas en la constitución limitan su discrecionalidad hermenéutica, la que debe guardar coherencia con dichos principios.

De todos modos, sigue estando presente que la principal fuente de legitimación judicial está en la ley, misma que para poder “*sujeta*” adecuadamente el arbitrio en la interpretación judicial debe estar precedida de la expedición por parte del legislativo de unas normas con el mayor grado posible de univocidad y rigurosidad, así como también con la estricta sujeción a los contenidos de fondo de la Constitución. Así, y solo así puede garantizarse una adecuada armonía entre los dos poderes, aplicando el mensaje garantista de sujeción a la constitución de todos ellos, tanto públicos como privados, que se manifiesta con la aplicación de los contenidos constitucionales en la sede política del debate legislativo.

En materia de conflictos entre derechos, la teoría garantista lleva a un redimensionamiento de dicha categoría, partiendo de la base de que tales conflictos se derivan de la discrecionalidad, misma que es distinguida así: a) discrecionalidad política y, b) discrecionalidad judicial.

De la discrecionalidad política se puede decir que se presenta en los actos de gobierno y legislativos, mientras que la discrecionalidad judicial es propia de la libertad de que dispone el juez para apreciar como probados los supuestos de hecho normativos que suponen la aplicación de una determinada consecuencia contenida en la ley.

Así pues, se muestra que el terreno más apto para la discrecionalidad política en cuanto atañe a derechos fundamentales es el de la política social. Efectivamente, los derechos sociales tienen una diferencia estructural respecto de los derechos de libertad. Frente a los derechos de libertad, los ordenamientos jurídicos pueden predeterminar sus límites, lo que es usual encontrar en el nivel constitucional, mientras que lo que no se puede predeterminar son sus contenidos. Claramente se ve que, si el derecho es de libertad, su práctica comporta para su titular la posibilidad de ejercerlo a discreción, sin que en la ley se distinga exhaustivamente su forma de ejecución, so pena de incurrir en desnaturalizarlo, mientras que por el contrario, lo que el ordenamiento jurídico puede prescribir son solo sus prohibiciones, esto es, sus límites.

Por su parte, mientras que los derechos sociales implican la correlativa existencia de obligaciones y no de prohibiciones como los derechos de libertad, lo que en la ley se encuentra son sus contenidos, pero no sus límites, ya que ello dependerá de la capacidad económica con que cuente cada país para satisfacerlos, en tanto se reconoce que su puesta en marcha implica la inversión de recursos económicos.

De esta distinción se deriva que el espacio para la discrecionalidad política corresponde a uno *virtualmente mínimo*²¹ en cuanto a los derechos de libertad, puesto que se encuentra predeterminado legal o constitucionalmente; mientras que el espacio de discrecionalidad del legislativo en cuanto a derechos sociales es *inevitablemente máximo*²² por que se encuentra indeterminado y, es más, sus contenidos no están predeterminados en la ley, salvo la obligación de satisfacerlos mínimamente.

Frente a la afirmación según la cual en la constitución no se encuentran predeterminados los contenidos de los derechos sociales, es preciso hacer la aclaración de que ello no aplica exactamente al caso colombiano en tanto nuestra Constitución Política da un fundamento jurídico muy fuerte para que el Estado sea ambicioso en términos de realización de derechos sociales. Por el contrario, el maestro FERRAJOLI refiere esta posición al parecer pensando en otro modelo constitucional, posiblemente el de Italia.

Esto es, nuestra carta política se ajusta más a lo que se conoce como una Constitución derrotero, es decir aquella que convierte en valores objetivos, casi que en derechos de obligatorio cumplimiento, aquellos principios que solo debieran inspirar el ordenamiento jurídico, en contraste con lo que se conoce como Constituciones marco, cuya existencia no es más que, como su nombre lo indica, el *espacio limitativo* para el accionar del legislativo, dejándole mayor libertad para expedir las normas de cuya existencia pende la realización de los derechos sociales. De ahí que frente a una Constitución derrotero se pueda abrir el espacio para hablar de la aplicación directa de sus normas que contienen derechos prestacionales.

En contraste con esta discrecionalidad política tenemos a una discrecionalidad judicial sustancialmente diferente, puesto que su fundamento está en ser una actividad eminentemente cognoscitiva, de aplicación de normas, sean estas de tipo legal o constitucional. Aquí la discrecionalidad queda limitada *ab initio*, puesto que su marco es de *interpretación de la ley*, y no de *acción en virtud de la ley* como en el caso del poder legislativo. Ello sin distingos de la interpretación de normas de la constitución que es propia de los tribunales constitucionales, o de normas del nivel legal que es propia de los jueces ordinarios. Es por esto que la fuente de legitimación del poder judicial es de tipo legal, y no político-representativa.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. Cit., pág. 94. En el mismo sentido, y concretamente frente a la Constitución Colombiana se pronuncian OROZCO ABAD y GOMEZ ALBARELLO. Op. Cit. Págs. 245 y ss. cuando afirman que el texto de nuestra Carta Política bien puede prestarse para justificar una decisión de corte liberal, esto es, que privilegie derechos individuales –o de prestación negativa-, frente a bienes colectivos como el orden público, puesto que contempla en sus líneas conceptos tan estrictos como el fundamento del Estado Colombiano en el respeto por la dignidad humana, o el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona sin discriminaciones por parte del Estado, como también los conceptos políticamente contrarios de prevalencia del interés general y la obligación de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo.

²² *Ibidem*. Pág. 95.

En fin, el espacio de la discrecionalidad judicial queda reducido solamente a la interpretación de las leyes a aplicar, sean estas de tipo constitucional o legal. Y ello cabe también para los juicios de inconstitucionalidad sobre una norma. En efecto, si la actividad judicial es enteramente interpretativa, el juez constitucional no hace más que interpretar si una norma de tipo legal se encuentra acorde con las normas constitucionales, aunque su posición sea *opinable* y discutible por estar dotado de mayor espacio de discrecionalidad en tanto interpreta normas más abiertas que las del rango legal. Sin embargo, ello no quiere decir que su actividad cambie, en el plano epistemológico de ser interpretativa a ser prescriptiva, puesto que su marco de acción queda circunscrito a la ley. Esto conlleva a que dirimir las controversias entre derechos sea del talante de los jueces, y no deban someterse a consideración de las mayorías a través del legislativo, como proponen algunos, para desentrañar su espíritu. Ello por cuanto someter al *référé législatif*²³ estos conflictos implica el riesgo inminente de perder la neutralidad frente al caso concreto, posibilidad que es muy cercana dado el fundamento político-representativo del poder legislativo, en tanto que el problema se hace menor si son los jueces los que dirimen dichas disputas, ya que la legitimidad judicial y su consecuente independencia precisamente se fundan en el carácter de *verdad* o *cognoscitivo* de sus decisiones. Además, esta solución que colocaría en cabeza del legislador la solución de los casos difíciles conlleva socavar el principio de la tridivisión de poderes y la autonomía judicial, ya que, visto en últimas implica la sujeción de los jueces a los dictados del legislador, no ya en abstracto, como efectivamente lo prescribe el estado de derecho a través de la expedición de leyes que aplica el juez, sino frente al caso en concreto, que por obscuridad de la ley, quedaría sustraído en su solución a las funciones de aquella autoridad que ha sido designada como competente para ello siguiendo el paradigma del equilibrio entre pesos y contrapesos en el poder.

De otro lado, la teoría del garantismo penal también tiene una repercusión en el clásico principio de la independencia judicial. Efectivamente, a la luz de esta nueva concepción se entiende que aquel clásico principio de la tridivisión de poderes, en virtud del cual cada uno de ellos ejerce su papel como autoridad pública en forma autónoma frente a los demás, ya no deriva para el poder judicial única y exclusivamente de la “*verdad*” de sus decisiones²⁴. Así pues, la nueva “*legitimidad*”

²³ Término que alude a la antigua práctica introducida por la Revolución Francesa y que se mantuvo vigente hasta la expedición del código napoleónico de 1804, y que consistía en someter a consideración del poder legislativo las controversias entre normas jurídicas, o para mayor claridad, los casos difíciles, aquellos cuya solución se encuentra en las zonas de penumbra de la norma.

²⁴ Recuérdese al efecto que dicha obediencia a la ley, entendida en su concepto formal y no material, a la cual debían guardar respeto absoluto los jueces del modelo de estado paleopositivista de derecho, implicaba que el ejercicio mental de la subsunción hecho por el juez para decidir cada caso separaba sus decisiones de toda posibilidad de consenso. Esto es que, si la actividad del juez era “*técnica*”, su trabajo no podía someterse a ninguna referendación de la mayoría, puesto que el plano de lo “*aceptado*” no necesariamente coincide con el plano de lo “*correcto*”. Así las cosas, la mencionada *verdad* de la cual dependía la legitimidad de las decisiones judiciales quedaba reducida a una comprobación que iba en doble sentido: en primera medida respecto a los hechos en que se fundaba, y en segundo lugar respecto a la existencia en el mundo jurídico de las normas aplicables al caso. De esa forma, la otra parte lógica que quedaba era el juicio de subsunción propiamente dicho, esto es, la posibilidad de *enmarcar* dentro de los lindes que la norma establecía, la conducta desarrollada por el agente, de modo tal que se pueda deducir de ello, casi con exactitud matemática, la consecuencia prevista en la norma. Así queda trazada una diferencia fundamental, del talante de la filosofía política, entre los actos del aparato de justicia y los actos del aparato legislativo, puesto que, por una parte los actos del aparato de justicia son eminentemente *cognoscitivos* es decir, se fundan en el conocimiento, en la comprobación de un hecho, en contraposición a los actos del aparato legislativo que, por definición eran actos eminentemente *prescriptivos*, esto es, no sujetos a una comprobación particular de hechos, sino que constituyen un verdadero mandato de la mayoría representada en el parlamento, cuya existencia no depende más que del mismo acto de poder del que emanan. En otras palabras, mientras la sentencia *vale por derivar de la ley, la ley vale por estar respaldada por el poder*.

que respalda el principio de la autonomía judicial, según la moderna teoría del garantismo penal, ya no sólo reside en la conformidad formal de sus decisiones con las normas de rango legal que las fundamentan, sino que, por el contrario, dicho juicio va mas allá al considerar el fundamento de la independencia judicial en la conformidad sustancial de las decisiones proferidas por los jueces con los contenidos axiológicos plasmados en la Constitución.

En otras palabras, anteriormente el fundamento de la autonomía judicial radicaba en el principio de legalidad, en virtud del cual, según las palabras de Montesquieu, el juez actuaba como lo que se puede denominar “*buche de la loi*”²⁵, y por ello su discrecionalidad frente a lo regulado por la norma legal se reducía a cero²⁶. Sin embargo, de acuerdo con la nueva concepción propugnada por el garantismo, esa actividad judicial ya no se ve legitimada tan solo por el respeto a las normas de orden legal en las que se inspira sus decisiones, sino también –y ello es lo más importante-, por hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución. En esa medida, es que se afirma que dicho principio de legalidad, en la actualidad se trastoca en una suerte de *principio de constitucionalidad*.

Toda esta lógica de la teoría del garantismo deviene en últimas en la distinción entre el “ser” y el “deber ser” del derecho. Esto es, entre el derecho vigente y el derecho justo, categorías que perfectamente pueden asimilarse a la antiquísima discusión entre derecho y moral. En efecto, el derecho ha debido soportar durante mucho tiempo la dura crítica de la posición según la cual las normas jurídicas pierden su calificativo de tales si no revisten una determinada aceptación moral por parte del conglomerado social o una parte de él. Y frente a esta concepción, la teoría del garantismo penal reacciona poniendo en evidencia que las dos categorías no pueden reducirse la una a la otra, sino que, pueden permanecer incólumes actuando cada una en su correspondiente espacio de aplicación (la justicia dentro de la valoración moral a las normas jurídicas, y la validez en el espacio relativo a la evaluación acerca de su expedición conforme a las demás normas válidas del ordenamiento jurídico), sin que la necesaria negación de una de ellas implique la negación de la otra, y, consecuentemente, tampoco sin que la afirmación o juicio positivo de uno de aquellos espacios implique necesariamente la afirmación del otro.²⁷

²⁵ “*Boca de la ley*”

²⁶ Aunque en la práctica, ni el mismo Montesquieu sostuvo nunca semejante posición tan ingenua cerrando sus ojos a la realidad, pues reconocía que a pesar de todos los esfuerzos, cualquier normatividad, por exhaustiva que fuera, siempre dejaba espacios susceptibles de interpretación dentro de los cuales el intérprete de la ley podía moverse válidamente para ejercer su aplicación. Ello no fue obstáculo para que, a pesar de todo, el modelo públicamente defendido por Montesquieu mantuviera su legitimidad o lograra finalmente imponerse ante el autoritarismo de las antiguas formas de ejercicio del derecho penal. De la misma manera, ello tampoco significa que el modelo perdiera su razón de ser, tal como fue concebido a efectos de reducir la discrecionalidad judicial con el fin de proteger los derechos individuales consagrados en la ley, ya que a pesar de públicamente conocido como inalcanzable en la práctica, su aplicación como una cuestión de grado continuaba dando vigencia a los esfuerzos por implementarlo.

²⁷ La posición aquí expuesta relativa a la reducción de la validez a la justicia de la norma es el reflejo del iusnaturalismo clásico, en tanto ve que una norma *injusta* deja de permanecer en el ordenamiento jurídico por ese mismo hecho, mientras que la posición inversa, esto es, la que reduce la justicia a la validez es una posición propia del legalismo ético, en tanto ve un contenido moralmente aceptable en cualquier contenido normativo contenido en la ley.

Esta posición, que del triángulo justicia – validez – eficacia distinguido por NORBERTO BOBBIO²⁸, reduce el problema de la validez al de la justicia de la norma, ha sido recurrente en diferentes doctrinas expuestas por varios juristas a lo largo de la historia, desde SAN AGUSTIN, pasando por HOBBS, KANT y LOCKE, llegando hasta el mismo JOHN FINNIS y RONALD DWORKIN en la actualidad, quienes han expuesto versiones más o menos cercanas al iusnaturalismo clásico, aunque nutridas con diferentes bemoles que no es del caso tratar ahora.

Sin embargo, si como hemos distinguido, la validez de la norma sujeta a la justicia contenida en ella fue una relación de dependencia sostenida por las doctrinas del iusnaturalismo clásico, también la tajante separación entre derecho y moral no es más que un reflejo del positivismo clásico, cuya tendencia moderna es menos radical y queda expresada en la teoría del garantismo de FERRAJOLI. En efecto, esta teoría defiende -y no solo admite- una vinculación entre el derecho y la moral, por vía de la sujeción del todo del ordenamiento jurídico a la Constitución, misma en la que reconoce la existencia de un sinnúmero de valores, de cuyo acatamiento pende la validez de las normas de inferior categoría.

En efecto, esta posición no implica abandono de la tesis garantista que proclama la separación entre derecho y moral, puesto que ella implica que la “juridicidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juridicidad”²⁹, mientras que la tesis contraria que proclama la sujeción del carácter válidamente jurídico de una norma a las valoraciones morales es propia del iusnaturalismo y se separa diametralmente de la que propone el Maestro Italiano en tanto la primera solamente advierte la existencia en un ordenamiento jurídico dado –y especialmente en el nivel constitucional- de unas valoraciones de tipo moral cuya existencia transformada en norma jurídica sujeta el contenido de las normas de rango inferior al constitucional. Nótese que esta tesis repara en la existencia de un orden moral y un orden jurídico, independientes el uno del otro, pero con la nota distintiva de poder convertirse la moral en norma jurídica, en cuyo caso goza del poder coercitivo que el Estado da al derecho, en tanto en las tesis del derecho natural hay una total confusión de unas reglas con las otras, atribuyendo carácter jurídico a normas que no están positivizadas, así como también quitándoselo a aquellas que estando positivizadas no cumplen con los subjetivos parámetros de justicia que una determinada moral prescribe.

Estos valores inmersos en el ordenamiento constitucional que deben ser acatados por las restantes normas del ordenamiento jurídico dan lugar al fenómeno denominado “*constitucionalización del derecho*”, es decir a aquél en virtud del cual las normas constitucionales tienen repercusión en el juicio de validez/invalidéz de las restantes prescripciones jurídicas de rango inferior al de la Constitución.

²⁸ BOBBIO, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Reimpresión de la Segunda Edición. Ed. Temis S.A. Bogotá, 1994 269 págs. Traducido por: JORGE GUERRERO R. Título original: Teoría della norma giuridica. Torino, 1958 y Teoría dell' ordinamento giuridico, Torino, 1960.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. Cit. Pág. 25.

En otras palabras, la teoría del garantismo sostiene que para poder predicar la validez de una norma jurídica de rango legal es necesario analizarla a la luz de la norma de rango constitucional, a la cual se le reconoce como criterio de verificación para la validez de todo el ordenamiento jurídico. Es, en últimas, la justificación teórica de la aplicación del juicio de constitucionalidad, cuyo fundamento está en la afirmación del ordenamiento jurídico como un sistema autosuficiente para la creación, justificación y crítica de sus propias normas.

En efecto, se quiera o no, este modelo implica el rompimiento con el modelo clásico de separación entre derecho y moral, por vía del nexo indisoluble que los sistemas jurídicos modernos aceptan entre el ordenamiento jurídico en general y los valores contenidos en el texto constitucional. Esto conlleva la inmediata consecuencia de que la validez de las normas jurídicas del sistema normativo está sujeta a la coherencia sustancial con el contenido axiológico de la Constitución.

Sin embargo, esta aceptación de los valores dentro del ordenamiento jurídico positivo no implica que el discurso de FERRAJOLI en la teoría del garantismo disuelva los tradicionales niveles de discurso del derecho que han permanecido bien diferenciados como derecho positivo, derecho eficaz y derecho justo. Es decir, FERRAJOLI mantiene claro que para analizar válidamente el derecho existen estos tres niveles, cada uno de los cuales puede proporcionar una determinada visión del derecho –que no por ser parcial pierde su seriedad como propuesta metodológica- y cuyo terreno de encuentro está en la teoría del derecho.

Al respecto hay que señalar que esos espacios, dentro de la teoría del garantismo penal se correlacionan entre si de la siguiente manera: el derecho positivo es tal, independientemente de su consideración acerca de si se aplica o no en determinado espacio territorial (eficacia), así como también con independencia de que sus contenidos puedan ser analizados conforme a ciertos parámetros externos de justicia. Es decir, la existencia de las normas dentro del mundo jurídico no queda comprometida ni por su inaplicación ni por su injusticia. De otro lado, ello tampoco implica que esas normas jurídicas no puedan ser analizadas bajo esas específicas ópticas, esto es, de la norma positiva puede predicarse que no se aplica en la realidad, conforme a estudios sociológicos, así como también de ella puede decirse que no tiene unos contenidos de fondo que estén conforme a parámetros de justicia, lo cual puede hacerse desde la óptica de la filosofía política. Sin embargo, de esos análisis lo que no se puede concluir es que la norma NO existe en el mundo jurídico por no satisfacer esos criterios de obediencia o de justicia.

Esto es que, tal como plantea FERRAJOLI su teoría, el derecho puede analizarse válidamente tanto en el ser como en el deber ser. Es decir, la teoría del derecho³⁰ permite que en ella confluyan a la vez y válidamente, análisis desde el plano de lo fáctico como del axiológico o valorativo, y a su vez, dichos análisis pueden estar inscritos en una discusión dogmática, sociológica o ético política. En otras palabras, la ciencia jurídica tiene a su cargo el deber descriptivo del derecho como también el deber de criticarlo, lo cual se manifiesta en que el ser y el deber ser jurídicos funcionan como dos variables independientes que, al ser confrontada cada una de ellas con los tres diferentes niveles de análisis del derecho planteados, arrojan seis relaciones distintas que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- a) En la Sociología: Que es el terreno de estudios como por ejemplo el del realismo norteamericano, cuyo objeto es el análisis de la normatividad efectivamente aplicada en sociedad y sus diferentes consecuencias y causas, i) puede hablarse válidamente tanto del ser jurídico (el derecho que efectivamente se aplica en un conglomerado social), como ii) del deber ser jurídico (el derecho que debería ponerse en práctica en un determinado entorno social). De la confusión entre estos dos planos derivan las siguientes posiciones, que constituyen falacias: a) falacia realista, que otorga juridicidad a la mera efectividad de una práctica social, sin acudir a juicios normativos acerca de su legalidad o ilegalidad. b) falacia normativista, que desestima el posible juicio de ineffectividad de una norma, derivando la plausibilidad de su permanencia en el sistema jurídico de su sola validez y sin acudir a la aceptación o puesta en práctica de la norma en sociedad.
- b) En la Dogmática: Que es el espacio de análisis de la conformidad/disconformidad o de la coherencia/incoherencia de las normas jurídicas con la de mayor nivel en la jerarquía normativa, esto es, frente a la Constitución. iii) puede hablarse válidamente del ser jurídico (las normas que son coherentes o conformes con los contenidos axiológicos o sustantivos contenidos en las cartas constitucionales), y iv) puede hablarse

³⁰ Con una claridad abrumadora, el maestro Italiano describe las conexiones lógicas entre los distintos tipos de discurso sobre el derecho, y entre estos y el carácter democrático y pluralista de la teoría del garantismo así: *“En resumen, el análisis de la estructura de las actuales democracias constitucionales desarrollado por la teoría del derecho permite reconocer el grado superior de las normas constitucionales respecto de la legislación, permite calificar como antinomias y como lagunas las posibles divergencias deónticas entre los dos niveles normativos y, consiguientemente, permite asignar un carácter (también) crítico y normativo (además de, obviamente, explicativo) a las disciplinas jurídicas positivas; a las que impone denunciar las antinomias y lagunas y, por tanto, criticar el derecho vigente, promover su corrección y, en todo caso, proponer la solución de los inevitables problemas, conflictos y aporías generados por la complejidad estructural de su objeto. Por esta razón la crítica interna de ese producto humano, lingüístico y artificial que es el derecho por parte de la ciencia jurídica y la normatividad de ésta en relación con la legislación y la jurisprudencia no pueden, como escribe Sastre Ariza (p. 288), ser consideradas un “vicio”. Es, en efecto, de la discusión y el análisis crítico, mucho más que de una supuesta “descripción” del derecho que pueda “abrir milagrosamente el acceso al accidentado territorio en el que reside la verdad”, de lo que dependen tanto el desarrollo del conocimiento jurídico como su “capacidad para resolver problemas”*”. En: FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. cit., Pág. 73.

del deber ser jurídico (análisis de las normas de inferior categoría para proponer reformas coherentes de ellas o poner en evidencia las incoherencias que presentan frente a los diferentes contenidos de la Constitución). A su vez, la confusión de estos planos también acarrea las denominadas dos falacias paleo positivistas: a) aquella que deriva la validez sustancial de la norma de su sola existencia, de su ser jurídico, lo que anula el juicio sobre su posible invalidez sustancial o antinomia frente a la Constitución, y b) aquella que deriva la existencia (el ser) de una norma de su deber ser, lo que no admite verificar su vigencia o la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico.

- c) En lo Ético-Político: O en otras palabras, el trasunto de la antiquísima discusión entre derecho y moral, esto es, de lo que es aceptable como norma jurídica conforme a parámetros externos de validación del derecho que se encuentran en el ordenamiento normativo de la moral. v) puede analizarse el derecho conforme a este plano, en su ser, esto es efectuar análisis acerca de sus contenidos políticos, las implicaciones éticas que conllevan la aplicación de ellos y sus relaciones entre si, y vi) también puede analizarse el deber ser del derecho en este plano como lo recomendable, lo aceptable, lo moralmente obligatorio para que sea consignado como norma jurídica en un determinado ordenamiento. Finalmente, la confusión de estos dos planos acarrea también unas falacias que se enuncian a continuación: a) falacia iusnaturalista, que *“confunde la vigencia y/o la validez de las normas con su justicia, impidiendo la identificación de las normas vigentes y/o válidas aunque injustas”*³¹, y b) falacia ético-legalista: que deriva la justicia de la norma de su sola vigencia o validez, sin dar lugar a emitir juicios sobre la posible injusticia de una norma, aunque aparezca vigente en el ordenamiento o válida conforme a los preceptos constitucionales.

Como se ve, estos son todos puntos de vista diferentes e independientes, desde los cuales es válido emitir análisis sobre el derecho. Sin embargo, su punto de encuentro, como lo expresa FERRAJOLI, está en la teoría del derecho, espacio que no puede ser reducido a ellos, y tampoco al revés, so pena de incurrir en errores de apreciación y críticas erradas, tal como se expresará más adelante.

Solo así se puede mantener una armonía entre los mencionados conceptos, y además cobra validez el paradigma del positivismo constitucional defendido por el garantismo. En efecto, si una norma puede analizarse tanto en su aplicación como en su justicia, también puede analizarse en cuanto a su carácter positivo como norma formal y materialmente emitida conforme a los lineamientos del resto del ordenamiento jurídico. Ello significa que la norma debe corresponder en sus contenidos de fondo a lo prescrito por la Constitución, así como también en sus procedimientos de creación. Visto así el asunto, se entiende que de la norma

³¹ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. cit., Pág. 70.

jurídica se puede hacer válidamente un juicio acerca de su inconformidad con las valoraciones constitucionales, así como también con los procedimientos que reglamentan su expedición, juicios ambos estos que quedan dentro del análisis puramente dogmático o positivo de la norma. Y de la misma manera puede hacerse de ella un juicio sobre su inaplicación en la vida de los ciudadanos, así como también de su injusticia, pero, se reitera, ninguno de estos dos últimos conceptos que pueden ser negativos compromete su existencia dentro del mundo jurídico. Por el contrario, la teoría del garantismo penal, como derivación que es del modelo democrático, proclama que ante dichos juicios negativos acerca de la norma jurídica, lo indicado es promover, haciendo uso de los mismos mecanismos que el ordenamiento prescribe, la eliminación o modificación de la preceptiva legal en comento.

Como se ve, este modo de percibir el análisis dogmático del derecho según los supuestos de la teoría del garantismo, supone un cambio en el papel y funciones que éste cumple, así ya no se piensa en el juicio de validez de una norma jurídica solamente según su proclamación según las reglas formales prescritas por el mismo sistema, sino que esa auto-poiésis³² del derecho se entiende también en cuanto a la conformidad sustancial, al cumplimiento de fondo de los principios y contenidos axiológicos que están positivizados en el orden jurídico.³³

Es por ello que dentro de esta óptica también se contempla como nueva tarea a cargo de jueces y juristas la de poner de manifiesto las inconsistencias, las inconformidades existentes entre el derecho vigente y los postulados constitucionales, a pesar de que para ello haya que correr el riesgo –siempre presente- de incurrir en juicios de valor, que por tratarse de la confrontación con normas de “textura abierta” resultarán siempre susceptibles de interpretación u opinión. A contrario sensu, la posición según la cual la labor del jurista, y por tanto también de la dogmática se reduce a la sola confrontación de la norma con las

³² Si usamos este término del constructivismo sistémico de Niklas Luhmann que implica la autosuficiencia del derecho para prescribir las reglas de su propia creación, así como los medios para corregir los yerros de su ejecución.

³³ Esto es a lo que FERRAJOLI ha dado en denominar con la afortunada frase: “*Derecho sobre el derecho*”. Es decir, las normas que por tener una jerarquía de superior valía a aquellas que proclama el legislador, también le sujetan a él, y le hacen perder su calificativo de omnipotente, obligándole a emitir normas con “ciertos contenidos legales”, y no con uno cualquiera de ellos, aunque siga en rigor los procedimientos para su expedición. Esto inevitablemente también conlleva un condicionamiento al poder de las mayorías, pues este ya no resulta omnímodo para cuestionar y regular –o desregular- todas las situaciones que se pueden presentar en un conglomerado social. A su vez, también respecto de la Constitución se puede predicar su carácter formal, es decir, su validez queda sujeta al seguimiento de las formalidades propias para su promulgación, mientras que, surge como pertinente la pregunta de ¿Si también la Constitución puede ser sujeto de un cuestionamiento de fondo acerca de su validez sustancial? La posición de FERRAJOLI en este punto es clara: por no contar con normas de superior jerarquía respecto de las cuales se pueda predicar su validez o invalidez sustancial, la Constitución no puede ser calificada en el plano estrictamente jurídico como inválida. En otras palabras, FERRAJOLI advierte dos formas de validez cuyo juicio aplica para todas las normas del ordenamiento jurídico, una validez formal (que es el seguimiento de los procedimientos establecidos para la creación de una norma) y una validez sustancial (que es la conformidad de esa norma con los mandatos constitucionales). Al respecto, ese doble juicio de validez que cabe plenamente para las normas de rango inferior al de la Constitución, para ésta se reduce solamente al juicio sobre su validez formal, puesto que en últimas su vigencia es sólo un problema de poder. Además, lo trascendental para la vigencia del modelo garantista no es más que su simple carácter normativo, puesto que así se hace vigente la separación entre derecho y moral, y también cobra validez el aspecto político-democrático del garantismo acerca de la primacía del punto de vista externo del derecho con respecto a la propia transformación de éste.

reglas formales para su promulgación es propia del estado de derecho, y con él, de su modelo paleopositivista jurídico según el cual no había espacio para el cuestionamiento sustancial acerca de la “*juridicidad*” misma de las leyes.

Por su parte, la aludida recíproca autonomía entre derecho y moral que proclama el garantismo, con sus propios bemoles y lejos de considerar la presencia de ésta ajena al derecho, implica también dos cuestiones fundamentales a saber: i) la validez, pero también la *distinción* del juicio moral sobre las normas jurídicas respecto del juicio propiamente “jurídico” sobre las mismas, no siendo derivables uno del otro en ningún sentido, lo cual evita caer tanto en el legalismo ético como en la defensa de las tesis iusnaturalistas. En efecto, el legalismo ético es la posición según la cual se deriva aceptación -legitimidad- moral del mero carácter formal de una norma que reviste perfil legal, mientras que el iusnaturalismo, en un doble sentido, tiende a convertir un raciocinio moral en una norma jurídica³⁴, mientras que si ésta no cumple con los parámetros morales del derecho natural, pierde su obligatoriedad, siendo proscrita del ordenamiento jurídico positivo. ii) la *estricta separación* entre derecho y moral, lo cual implica una férrea oposición tanto al iusnaturalismo como al legalismo ético, por comportar ambos, posiciones reduccionistas que en nada aportan al análisis del fenómeno del derecho.

Así pues, tenemos que el paradigma del garantismo, es un paradigma constitucional, el cual puede ser coherente en la medida en que en él se piense solamente como un método, sin que por sí mismo encarne determinados contenidos axiológicos. Esto es que, la constitución no pierde su juridicidad si no cuenta, o cuenta solo, con determinadas prescripciones normativas, dado que en últimas, el paradigma constitucional es un paradigma procedimental que permite consignar en esa máxima instancia normativa los contenidos que la sociedad, histórica y contingente, considere pertinentes. De la misma manera es como se logra contemplar como posible el avance de la norma constitucional en términos de protección de otros derechos diferentes y adicionales a los actualmente protegidos. En otros términos, el derecho es en últimas, solo una técnica de tutela de derechos, independientemente de aquellos que la sociedad decida tutelar consignándolos en normas jurídicas.

La teoría del derecho es entonces, un terreno sin ideología, en el que válidamente puede concurrir cualquiera de ellas con el fin de buscar que se le revista de carácter jurídico. Ello significa que atribuir una, y solo una determinada ideología al paradigma constitucional implica parcializar la teoría, favoreciendo el autoritarismo

³⁴ Como lo resalta FERRAJOLI, esta es una importante distinción a la hora de defender posiciones liberales modernas, en tanto, por ejemplo, da sustento al ataque en contra del castigo penal al aborto, solamente por ser una conducta moralmente cuestionable. En efecto, permite distinguir dos escenarios diferentes, por un lado la discusión sobre la moralidad/inmoralidad de la conducta de la madre que interrumpe voluntariamente su embarazo, mientras que por otro lado, permite discutir la legitimidad/ilegitimidad de una sanción de tipo penal para dicha conducta, sin que, por el hecho de predicar la inmoralidad del aborto (primer escenario), necesariamente se afecte el segundo escenario (es decir, deba procederse a su criminalización).

de los valores, y en últimas, también el imperialismo que bajo la égida de los derechos humanos ha cometido en tiempos recientes innumerables atrocidades.

Ello no significa hacer análogo el positivismo ideológico al modelo constitucionalista. Es decir, que si bien el positivismo ideológico merece la acertada crítica de reducir la moralidad a la ley, convirtiéndola en un valor en si mismo y digna de devoción cualquiera que sea su contenido, no es ese mismo vaciamiento de contenidos y glorificación de la forma lo que se quiere llevar al nivel constitucional por la teoría de FERRAJOLI. Al contrario, con el presupuesto ya sentado de la separación entre derecho y moral, se deja claro que bien puede la ley y/o la Constitución estar dotada de cualquier valoración moral, lo que no la hace por ese solo hecho digna de ser “compartida” moralmente, aunque tampoco le hace perder su juridicidad. En efecto, lo que queda a salvo es la posibilidad de esgrimir juicios de valor externos al derecho mismo, con fundamento en los cuales pueda propugnarse por su cambio, por su mejoramiento, pero siempre respetando su carácter jurídico, obligatorio, so pena de incurrir en el autoritarismo de los valores, de la moral (que siempre será *una determinada y contingente moral y nunca una moral objetiva, universal e intemporalmente aplicable a todos los ordenamientos jurídicos*).

De la misma manera en que el paradigma constitucional es de tipo formal, los diferentes conceptos que de él derivan también son formales, por ejemplo, el concepto de: derechos fundamentales, que a su vez encierra, según la teoría de FERRAJOLI el concepto de derechos de la persona, de derechos del ciudadano, de derechos civiles y de derechos políticos. En efecto, para el maestro italiano este tipo de conceptos como el de derechos fundamentales dice *qué son ellos*, más no *cuáles son*, cuestiones que son muy diferentes. Por ejemplo, los *derechos fundamentales*, como concepto alude a aquellos de cuya titularidad y ejercicio no puede ser privado el ser humano en ninguna circunstancia, sin que de esa definición se siga en forma clara cuáles de ellos si son derechos fundamentales y cuales no.

Así, bien puede hablarse de formalidad también en los conceptos de derechos de libertad y derechos sociales, los cuales pueden abarcar cualquier cantidad de ellos, o también muy pocos, según como se den las específicas circunstancias históricas que lleven a considerarlos como tales.

Ahora bien, de forma más específica, el maestro FERRAJOLI trata el problema del garantismo en materia penal en su obra “Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal”, la cual se descompone en cinco capítulos, que en conjunto construyen una idea coherente sobre un sistema judicial de corte garantista, abordando problemas de epistemología y axiología en el derecho penal, oportunidad y método de prohibir, castigar y juzgar, análisis sociológico de la práctica judicial italiana a la luz de la teoría del garantismo, y una propuesta general para aplicar la teoría del garantismo que trasciende los límites de Italia. Esta teoría abarca igualmente aspectos de orden sustancial y procedimental que no solamente aplican a favor

del procesado en un juicio penal, sino que, tal como lo prevé el concepto clásico del principio de legalidad –desarrollo del cual es el garantismo–, constituye una prenda genérica para todos los ciudadanos en cuanto facilita su certeza acerca de lo que es lícito y lo que no lo es.

Efectivamente, hay que resaltar que el garantismo constituye un beneficio que opera dentro de la sociedad en una doble vía: i) para quienes aún no son sujetos de la intervención del Estado en su esfera personal a través de un proceso penal, en tanto limita los poderes del *establishment* a las potestades otorgadas legalmente, y por lo tanto representa la seguridad para ellos de poder hacer todo aquello que no está prohibido por la ley³⁵; y ii) para quienes ya deben soportar el cuestionamiento de su presunción de inocencia por parte del Estado, implica también certeza acerca de la forma en que el juicio de responsabilidad deberá hacerse, bajo qué ritos, y con qué límites.

En el primer caso, a juicio de FERRAJOLI, estamos ante la “estricta legalidad”³⁶, concepto interpretado por el iusfilósofo italiano como un primer elemento de la epistemología garantista, el cual implica la concepción del tipo penal principalmente bajo dos aspectos: i) como una conducta “convencionalmente” consignada en la norma como delito³⁷. Es decir, que no se entiende a la desviación punible de la conducta humana como una agresión frente a una ontología de valores que sólo se transcribe en la ley, pero cuya existencia es independiente del “pacto” democráticamente acordado mediante el juego de las mayorías, que finalmente aprueban la expedición de un código penal. Así pues, se entiende que la redacción del “delito” no es más que aquello que por convención se ha decidido implementar como prohibido u obligatoriamente exigido, so pena de sanción³⁸. Es algo así como una manifestación Hobbesiana de la ley, que bien

³⁵ Esta es una concepción de naturaleza política que en el Derecho se manifiesta bajo diferentes formas, por ejemplo bajo la forma del principio general: “*Lo que no está prohibido, está permitido*”. A lo largo de todo el desarrollo de este trabajo se sostendrá que existe una íntima relación entre la política y el Derecho, que en últimas sustentará una relación de interacción mutua entre estos dos fenómenos sociales, donde, en últimas se defenderá la primacía de la primera sobre el segundo, posición que se considera más acorde con una posición democrática, pluralista y, sobre todo, Garantista. Esta, es una posición eminentemente iuspositivista, que solo puede superar la crítica de legitimar la supremacía sin límites del soberano, siempre y cuando se interprete en forma no rígida, esto es, aceptando la existencia de valoraciones morales que reposan en la sociedad, pero que al mismo tiempo no cuestionan la validez de las normas jurídicas vigentes, sino que se limitan a informar permanentemente el continuo mejoramiento de éstas a través de la discusión democrática e inclusiva de la “axiología social” en los escenarios de discusión política que el modelo democrático ha dispuesto para ello. Esto es, que los principios y valores sociales tienen un lugar en el conglomerado, cuya existencia no es cuestionado por el derecho (en su variante iuspositivista-no rígida), y al mismo tiempo ellos sólo pueden verse reflejados en normas jurídicas tras la discusión democrática que se surte en el legislativo. Esta posición que parece algo contradictoria, pero que luego podrá ser aclarada, mostrando toda su consistencia, legitimidad política y talante democrático, se puede ver en: FERRAJOLI, Luigi, GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. cit.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 34 y ss.

³⁷ “*Auctoritas, non veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del positivismo jurídico: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal.”. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 35.

³⁸ “carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 34

puede representarse con el aforismo romano: "*Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.*"³⁹

El otro aspecto bajo el cual se concibe el tipo penal según el principio de la estricta legalidad es: ii) "el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas", que implica que el precepto de la norma penal a que da lugar la sanción⁴⁰, tiene que contener "hechos" empíricamente verificables en la etapa del juicio (principio de estricta jurisdiccionalidad). Esto es, en palabras del mismo FERRAJOLI:

*"El principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter 'constitutivo' antes que 'regulativo' de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los 'vagos', los 'vagabundos', los 'proclives a delinquir', los 'dedicados a tráfico ilícitos', los 'socialmente peligrosos' y semejantes."*⁴¹

Se concluye que, el principio de estricta legalidad exige de la norma penal que de su existencia se pueda predicar tanto que es resultado de un "pacto" sobre lo ilícito, como la posibilidad de predicar en la etapa de juicio, la verdad o falsedad de los hechos que sirven de sustento a la sanción. Ciertamente es que la estricta legalidad no es más que una pretensión, no puede esperarse simplemente que exista o no exista, al modelo de "es blanco o es negro", sino que, como muchos conceptos que se usan en las ciencias sociales, es una cuestión de grado. Efectivamente, una norma no puede respetar la estricta legalidad (en adelante E.L.) en un cien por ciento, como tampoco resulta racional predicar que una norma penal existente en un ordenamiento jurídico dado, corresponda a un cero por ciento de E.L. Ello implica que hay espacios en donde a la discrecionalidad judicial se abren espacios irremediablemente irreductibles mediante la interpretación, pero, dado que esos espacios son "cuestión de grado", el esfuerzo por reducirlos se torna legítimo, y esa es la finalidad de este trabajo.

En palabras de GASCÓN ABELLÁN:

³⁹ "Lo deseo, lo ordeno; que mi voluntad sirva de razón."

⁴⁰ Recuérdese que, desde el positivismo jurídico, la norma penal está estructurada como una proposición con un precepto y una sanción. Esto es, bajo el esquema de "Si P, entonces Q", el cual permite el desarrollo de la función judicial bajo el paradigma clásico de la subsunción del hecho en el presupuesto de derecho de la norma, mismo que hace posible la aplicación de la sanción, tras la observancia de las formas plenas del juicio. Para el caso, dentro del mencionado esquema "Si P, entonces Q", si la norma está configurada respetando el principio de estricta legalidad propio del garantismo penal, "P" equivale a hechos que dentro del juicio pueden ser calificados como "verdaderos" o "falsos", sin que quepa su calificación como "correctos" o "incorrectos", por que precisamente, este último enjuiciamiento sobre su aceptabilidad o no dentro de la sociedad, es el que hace la norma penal al aplicar la sanción.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 35.

“Por último, consecuencia de la distinción entre el “deber ser” del derecho (el modelo de justicia) y el “ser” del derecho (el sistema jurídico vigente) es la existencia de un “grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes” respecto al punto de vista externo, la realidad nunca puede cumplir por completo las exigencias del modelo”⁴²

Se aclara que ambos aspectos, tanto el del “convencionalismo” de la norma penal, como el de la “verificación empírica” de los hechos que contiene, no se entienden como formas independientes o excluyentes a la hora de estructurar la norma penal, sino que ambos confluyen como una misma idea, como partes de un todo, para conformar el “convencionalismo penal”⁴³ que, se identifica con el principio de la estricta legalidad, y éste último, se reitera, es un primer elemento dentro de la epistemología de un sistema penal de corte garantista.

El segundo elemento que conforma la mencionada epistemología garantista es la estricta jurisdiccionalidad. Íntimamente ligada a la estricta legalidad, este elemento tiene su espacio en la motivación de las sentencias. Esto es, en los argumentos de que el juez se vale para proferir el fallo de fondo, mismos que tienen que cumplir con el requisito de ser verificables y refutables, así como también los hechos en que se funda la sentencia deben ser susceptibles de ser probados a través de procedimientos que permitan establecer su verificación y refutabilidad.

Este elemento, al estar destinado a reducir los márgenes de arbitrariedad del juez (ya no del legislador como el de E.L.), tiene una íntima relación con el proceso penal, del cual se exige que se convierta en un proceso de cognición y comprobación, donde al determinar la existencia del hecho requerido para aplicar la sanción se realice un proceso de lógica inductiva a partir del debate probatorio, y el espacio para las valoraciones subjetivas sea el menor posible.

Entonces, si del convencionalismo penal se podía predicar “*Auctoritas, non veritas facit legem*”, de la estricta jurisdiccionalidad (E.J.) se puede predicar en forma lógica este aforismo: “*Veritas, non auctoritas, facit indicium*.”. Es decir que, mientras E.L. es un proceso donde no es admisible la búsqueda de una verdad inmanente o natural, sino que todo lo consignado en la ley es fruto del acuerdo de las mayorías, E.J. es un proceso donde la verdad de las proposiciones de hecho y de derecho se impone sobre el consenso. O, en otras palabras, las mayorías no tienen cabida en un proceso concreto de juzgamiento de un ciudadano, pero sí en la disposición, a través de la ley y con efectos generales, de lo que es o no es ilícito.

⁴² GASCÓN ABELLÁN, Marina. LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO A PROPÓSITO DE LA OBRA DE L. FERRAJOLI “DERECHO Y RAZÓN”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 18.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 34.

De la misma manera en que la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad son cuestión de grado, la teoría general del garantismo –que abarca y contiene a ambas- también es una cuestión de grado. Entre otras, por la simple razón lógica de que ésta se asienta sobre aquellas. Pero también porque, como lo analiza FERRAJOLI, la actividad judicial permite espacios de poder “irreductibles”⁴⁴ que se clasifican en cuatro tipos diferentes: i) el poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; ii) el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; iii) el poder de connotación o de comprensión equitativa; y iv) el poder de disposición o de valoración ético-política. Es decir que contamos con un primer acuerdo acerca de nuestro punto de partida: *la actividad de interpretación judicial y enjuiciamiento de un ciudadano no es un proceso mecánico e infalible en el que al juez se le cierran por entero las puertas a la irracionalidad.*⁴⁵

Por su parte, así como la epistemología garantista puede caracterizarse por el convencionalismo penal y el cognoscitivismo judicial, también puede hablarse de unos elementos que se erigen en las antítesis de cada uno de estos presupuestos. Son ellos el sustancialismo penal y el decisionismo procesal.

El sustancialismo penal va en contra de lo que podríamos llamar “el pacto democrático ante la ilegalidad”. Es decir aquél acuerdo al que las mayorías llegan en su escenario democrático natural para establecer lo que es ilícito, y, en su lugar sostiene la existencia de una “maldad intrínseca”, una “tendencia natural” hacia el delito por parte de aquél que incurre en su comisión. Entonces, se tiene que esta tendencia conlleva en el fondo una confusión entre derecho y moral que se aparta de la tradición de corte liberal según la cual el límite y fundamento de la sanción penal está en la ley, y no en lo que subjetiva e inciertamente se pueda interpretar como “inmoral” o “incorrecto”.

Por su parte, el decisionismo procesal alude a dos cuestiones fundamentales: a) dejar de un lado los supuestos normativos del tipo cuando se va a aplicar la pena, centrándose más en criterios que apuntan a la personalidad del agente, como su peligrosidad para la sociedad o su congénita naturaleza criminal, y b) el carácter subjetivo del juicio, sacando el debate de lo estrictamente probatorio, para centrarlo en suposiciones, creencias o prejuicios, lo que ciertamente afecta el juicio en tanto hace de las motivaciones del fallo, algo no susceptible de ser controvertido, desconociendo el significado mismo de la palabra jurisdicción, cuyo análisis muestra que es un proceso “*de comprobación de los presupuestos de la pena que se expresa en aseveraciones empíricamente verificables y refutables,...*”⁴⁶

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. cit. pág. 38.

⁴⁵ Ferrajoli lo explica de esta manera: “De ahí se sigue que *no sólo es extraña sino incluso incompatible con la epistemología garantista la ideología mecanicista de la aplicación de la ley expresada en la célebre frase de Montesquieu ‘los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes’*” (Cursiva fuera del texto original)

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit. pág. 43.

De las relaciones entre voluntarismo y cognoscitivismos se pueden establecer las siguientes relaciones lógicas: para que se pueda realizar efectivamente el cognoscitivismos judicial (por un lado, la comprobación de la existencia de una norma penal y por otro, de los supuestos de hecho que ella contiene, a través de los medios probatorios idóneos), es necesario un voluntarismo legislativo (un pronunciamiento de autoridad, de poder, para plasmar en la ley penal lo prohibido, no de reconocimiento de conductas ontológicamente nocivas, o punibles, para luego plasmarlas como delitos en la ley). Mientras que la existencia de un cognoscitivismos normativo (actitud judicial que no supone la verificación de los supuestos de hecho de la norma penal, sino el descubrimiento de los actos *malos* en si mismos considerados que están contenidos en ella), implica la correlativa existencia de un voluntarismo judicial (arbitrariedades no susceptibles de ser atacadas en el plano de lo racional, por que los motivos de su existencia no son verificables empíricamente).

Es por esto que, en últimas, la verdad que busca el paradigma garantista en un juicio penal es una *verdad procesal*, es decir, aquella que se funda en lo efectivamente alegado y probado en juicio, pensando en esta etapa como la posibilidad de construcción de una verdad desde la dialéctica, desde el debate equitativo de contrarios; mientras que por el contrario, un modelo *antigarantista* comporta la construcción de una *verdad sustancial* en juicio, la cual es trata de *encontrar* algo que no se puede mostrar, contradecir y evidenciar en juicio, sino aquello que el juez puede llegar a *suponer* que ocurrió, así, los supuestos de hecho para la condena quedan solamente en la cabeza del juez, mas no en lo debatido en el proceso.

Se ve que la comprobación de los hechos en que se funda una acusación es una actividad inferencial, a partir de los medios de prueba aportados, pero las conclusiones obtenidas son *verdaderas* solamente como conclusiones de sus premisas, mas no como algo comprobado directamente, pues los hechos ya sucedieron y nadie puede traerlos al presente para ponerlos frente a los ojos del juez previo su juzgamiento

Es sabido que, conforme a los avances tecnológicos y científicos que a la fecha se tienen, bien pueden quedar algunas conductas punibles sin sancionar, habiéndose cometido efectivamente, debido a la imposibilidad de que sean probadas en juicio. Sin embargo, frente a dificultades de tipo ético como esta, la teoría del garantismo responde con un aforismo contundente: “es mejor un culpable libre, que un inocente condenado”. Y ello es así por que se aplica la noción kantiana de no hacer del hombre un instrumento para el cumplimiento de fines externos a si mismo. Si por el contrario se pensara en que es mejor condenar al inocente, antes que dejar libre al culpable, lo que se estaría haciendo es el sacrificio de la libertad de un ser humano, no ya como castigo por una conducta por él cometida, sino por el contrario, a favor del mito de la prevención general.

Corolario de lo anterior es el principio del *favor rei*, cuya existencia en el mundo jurídico es trasunto del seguimiento de los más altos principios humanistas, se repite, de reconocimiento de cada ser humano como sujeto no sacrificable a costa de la sed de venganza social por un crimen. Sin embargo, si bien la duda favorece al reo, la comprobación del presupuesto para la aplicación de la pena tampoco se exige que sea algo absolutamente certero, sino *aproximativo*. Es decir, se reconoce que, en tanto el proceso penal se centra en reconstruir hechos, y por física imposibilidad que impone el trascurso del tiempo, ellos no pueden ser verificados de primera mano por el juez, la verdad de los hechos que se prueben en juicio deberá corresponder al grado de ella que puedan proporcionar los paradigmas vigentes frente a cada fenómeno científico.

En otros términos, por ejemplo, frente a un homicidio con arma de fuego, mientras que en alguna época del S. XIX la responsabilidad del acusado solo podía deducirse de algunos medios probatorios como el testimonial, algunos indicios como el porte de un arma cualquiera por parte del acusado o su enemistad con el fallecido; el avance científico actual permite deducir la responsabilidad en un caso igual, a partir de hechos verificables empíricamente como la identidad del proyectil encontrado en la víctima y el disparado en el arma homicida, las huellas del procesado en la misma arma, e incluso la prueba de absorción atómica en sus manos para comprobar si hay rastros de pólvora.

De ello se extrae que, en cada época histórica existen distintos *paradigmas*⁴⁷ que dan explicación a un fenómeno en la mejor forma en que pueden, siendo el cumplimiento del paradigma vigente el requisito exigido por el sistema penal garantista para predicar la responsabilidad en cada caso concreto, dejando a salvo la duda razonable. Esto es, se predica responsabilidad penal si el avance actual de las ciencias permite comprobar la comisión de los supuestos de hecho que contiene la norma, salvo que se dé para la convicción del juez un espacio de plausible ocurrencia de hechos que impliquen la no comisión por parte del acusado, de la conducta endilgada, o de cualquier otro hecho materia de discusión en el proceso y que redunde en su declaratoria de inocencia.

Sin embargo, se aclara, los paradigmas cambian, evolucionan, y cuando uno de ellos ha agotado su capacidad para dar explicar eficazmente los fenómenos que venía explicando, es reemplazado por otro que explique mejor las preguntas que en la comunidad científica han surgido gracias a su misma existencia, lo cual se repite a su vez frente a este nuevo paradigma, formando una evolución paradigmática cíclica en forma permanente y a la cual atiende la función

⁴⁷ Cfr. KUHN, Thomas S. LA ESTRUCTURA DE LAS REVOLUCIONES CIENTÍFICAS. Tercera Reimpresión. (Fondo de Cultura Económica, Colombia), 1996. Título original: The Structure of Scientific Revolutions. 319 págs.

verificadora del juez penal para determinar una sanción en cada caso.⁴⁸

Por su parte, el razonamiento judicial, que en forma corriente se ha concebido como el resultado de la subsunción de un antecedente en su consecuente normativo, o en otras palabras, de la subsunción de una premisa en una conclusión normativa, es según FERRAJOLI el resultado de la interacción entre dos premisas y conclusiones de tipo afirmativo y una premisa, con su correspondiente conclusión de tipo normativo. Todas ellas relacionadas lógicamente entre si y entrelazadas, unas como antecedentes de las otras.

Esto significa que, en términos prácticos, la primera de aquellas premisas afirmativas consiste en la comprobación de la comisión del hecho, la cual se obtiene del análisis de los medios de prueba aportados al proceso. Las pruebas dan cuenta de la realización de un hecho "X". Como consecuencia de lo anterior, y por procedimiento lógico, hay que continuar con la constatación de esos hechos frente a la ley penal, para verificar si su comisión implica la existencia de una conducta punible. Aquí se debe hacer la anotación de que ninguna de estas dos verificaciones implica la inclusión de elementos normativos, solamente se hace la afirmación de hechos verificados empíricamente.

Finalmente, y como consecuencia de las dos verificaciones anteriores, se hace la subsunción del hecho constatado como delito, para extraer la consecuencia normativa de su comisión. Esto es, solo las dos primeras etapas de este silogismo judicial (comprobación de un hecho y de su calificación jurídica como delito) son las que atañen a la comprobación de una verdad procesal. La tercera etapa (aplicación de la sanción prevista en la ley) es solo un silogismo práctico, que deriva de los anteriores, y frente a su deducción, el intérprete no goza de mayor espacio para la discrecionalidad. Por el contrario, si las dos primeras etapas (silogismos teóricos) no obedecen a hechos empíricamente verificables, la conclusión no será susceptible de ser atacada racionalmente, pues su fundamento escapa a lo cognoscible.

Bien pudiera argumentarse que a pesar de que las dos primeras premisas de un razonamiento judicial no estén fundamentadas en hechos empíricamente

⁴⁸ Por su parte, FERRAJOLI lo explica en estos términos: "*Esta subjetividad de las decisiones sobre la verdad procesal no tiene nada de particular. Decisiones y elecciones pragmáticas de tipo análogo a las que intervienen en el conocimiento judicial, tanto fáctico como jurídico, son necesarias, como sabemos, para justificar la verdad de cualquier aseveración empírica. En las teorías científicas, por ejemplo, presiden la aceptación de las tesis primitivas, es decir, de los postulados y las definiciones que forman las premisas de los razonamientos deductivos, y, por otro lado, la inducción de las leyes científicas, que, como es sabido, nunca son, por su forma universal, enteramente verificadas, sino sólo aceptadas como más o menos probables o plausibles por su grado de confirmación y su capacidad explicativa. Es sobre este carácter relativo y provisional –voluntarista pero funcional- del conocimiento científico en el que se basa el convencionalismo de gran parte de la epistemología contemporánea. Las teorías científicas –según la representación suministrada de ellas desde el conocimiento del siglo por Poincaré, Le Roy y Duhem y recogida y desarrollada sucesivamente por las distintas corrientes del neopositivismo y del pragmatismo- no son más que sistemas de proposiciones dotados de coherencia lógica, basados en axiomas estipulados convencionalmente en función de su simplicidad y comodidad y más o menos justificados y contingentemente aceptables en su conjunto como verdaderos en vista de sus aplicaciones y consecuencias prácticas.*" En: FERRAJOLI, Luigi, DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit., pág. 63.

constatables, la legitimidad de una declaratoria de responsabilidad penal puede obedecer a una *necesidad social* de castigar potenciales delincuentes, o a otras opiniones externas al fundamento cognoscitivistista de la actividad judicial. Sin embargo, frente a posiciones de ese talante hay que manifestar, desde el garantismo, que una decisión judicial no funda su legitimidad solamente de su *capacidad* para satisfacer esas exigencias de prevención y seguridad, pese a que también ellas sean cometidos del derecho penal. Es decir que, una premisa empírica que fundamente una sanción penal y que no sea susceptible de comprobación racional no puede aceptarse como justificada, aunque cuente con cualquier consenso de las mayorías. En esto nuevamente retomamos el tema de la irreductibilidad de la dignidad humana, y del fundamento cognoscitivo y no político-representativo de la actividad judicial, por el cual un juez, no propiamente debe buscar apoyo de la comunidad en sus decisiones, sino la verificabilidad de las aserciones en las que funda sus decisiones.

Si ello vale para el juzgamiento de todos los delitos, y más concretamente, también frente al delito de rebelión, no es aconsejable que en la actividad judicial se incluyan las contingentes veleidades políticas cuando de la evaluación jurídica de esta conducta se trate. En otras palabras, si bien la calificación de una conducta como delito es un acto político privativo del legislativo, no cualquier postura frente a esta figura delictiva es aceptable. Como afirma FERRAJOLI: *“El Príncipe de Maquiavelo es, en su sustancia, un tratado sobre la razón de estado, aunque esta expresión no aparezca nunca en él. Y desde Maquiavelo en adelante, la idea de la ‘razón de estado’ como superioridad de la razón política respecto al derecho y a la moral es de hecho, aunque no se desarrolle expresamente, el principio inspirador de todas las filosofías políticas estatalistas, desde los teóricos del absolutismo como Bodino y Botero, a las doctrinas de los ‘intereses de los estados’ en la Francia del siglo XVII, hasta Fichte, Hegel y, por último, Carl Schmitt, que son filosofías curiosamente convergentes, en este aspecto, con las doctrinas revolucionarias –de Neceav a Lukács y a las perversiones estalinistas y terroristas- sobre la justificación ético-política de las ‘manos sucias’ y del uso ‘oportunista’ del derecho. En el derecho y en el proceso penal, por lo demás, la misma idea está como fundamento de todos los modelos antiliberales y antigarantistas, invariablemente informados en la concepción del delincuente político como ‘enemigo’ al que suprimir en aras del interés general y por su identificación extra legem conforme a criterios sustancialistas y a instrumentos inquisitivos.”*⁴⁹

Para los efectos de este trabajo, se considera que es suficiente con la exposición hasta aquí hecha sobre los apartes relevantes del garantismo, sin embargo se deja a salvo algunos comentarios garantistas sobre el delito de rebelión considerado específicamente, los cuales se mencionarán en el siguiente acápite.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit., pág. 810.

2. EL DELITO DE REBELIÓN

“Qui non est mecum, contra me est.”⁵⁰

2.1 OBSERVACION INICIAL

Una primera aclaración se hace imprescindible para iniciar este capítulo: las observaciones hechas frente a la rebelión no constituyen toma de partido a favor o en contra del ideario o prácticas de los grupos armados ilegales que operan en el país. Simplemente se trata de una visión de índole académica que busca aportar unas aclaraciones para abordar el tratamiento judicial en Colombia de quien se profese como rebelde, y por ello, trasciende las fronteras y expectativas de este trabajo afrontar la verificación o refutación de la idea ampliamente sonada actualmente en nuestro país de que estos grupos no obran conforme a una ideología política definida⁵¹. Es decir, el tema será abordado desde una óptica eminentemente iuspositivista, dejando de lado los aspectos sociológicos o criminológicos de quienes en la práctica del conflicto colombiano conforman

⁵⁰ “Quien no está conmigo, está contra mí”

⁵¹ Se anota que ese aspecto del móvil determinante para al accionar del delincuente político se abordará en este trabajo, pero desde una óptica netamente académica, tratando al máximo de no tomar partido en las circunstancias concretas de los grupos armados que actúan en Colombia, dado que, por una parte, se busca guardar la independencia e imparcialidad del trabajo, y de otra, como se anotará en su momento, ello constituye la dificultad del Juez cuando se encuentre frente al caso en concreto. Dificultad frente a la que se intentará dar ayuda con el aporte de este trabajo, pero, se repite, sin tomar partido en abstracto sobre los móviles que inspiran la actuación de uno u otro grupo armado ilegal.

Al respecto, parece ilustrativo traer como una apreciación de la situación colombiana, algunas líneas del Nobel Gabriel García Márquez, en su obra Cien Años de Soledad, que fueron analizadas en el texto “El Derecho Penal en Macondo”: “B. El elemento finalístico de la conducta del rebelde o de los rebeldes, es el de derrocar el gobierno, o el de suprimir o modificar el régimen existente. Al analizar ese aspecto en Cien Años de Soledad quedará muy difícil predicar en sana lógica que Buendía y sus compañeros de lucha tenían conciencia de las aspiraciones concretas que acompañaban su rebeldía. Por ello al final el Coronel Aureliano tuvo que aceptar que no había hecho tantas guerras por idealismo como todo el mundo reía, sino que había ganado y perdido por el mismo motivo, es decir, por pura y pecaminosa soberbia, como lo vislumbró su madre cuando ya muy anciana ‘en la impenetrable soledad de la decrepitud dispuso de al clarividencia necesaria para examinar hasta los más insignificantes acontecimientos de la familia’.

En cierta oportunidad, al conversar con el Coronel Gerineldo Márquez le pregunta: Dime compadre: ¿porqué estás peleando? y el Coronel le respondió: por el gran partido liberal; pero Buendía anotó: -dichoso tú que lo sabes-. Yo por mi parte, apenas ahora me doy cuenta de que estoy peleando por orgullo. Pero en todo caso es mejor eso que no saber por qué se pelea.” En: CANCINO MORENO, Antonio José; CANCINO GONZALEZ, Iván Alfonso; TELEKI AYALA, José David. EL DERECHO PENAL EN MACONDO. Academia Colombiana de la Abogacía, Universidad Externado de Colombia, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca. Librería Ediciones del Profesional Ltda.. Ed. 2005. Bogotá, Colombia. 495 págs.

Por su parte, ALEJANDRO RAMELLI ilustra el problema poniendo en evidencia que el actuar de los grupos armados ilegales oscila entre la autoproclamación por parte de sus líderes como sujetos de una lucha armada, popular y revolucionaria con ideología marxista, los delitos por ellos cometidos con la finalidad de financiarse son cuestionablemente de tipo político, por ejemplo, el narcotráfico, el secuestro, la extorsión, etc, mientras que otro tipo de actos llevados a cabo por ellos son calificados como terrorismo por unos, y como actos de guerra por otros, piénsese por ejemplo en las constantes voladuras de torres que transportan energía u oleoductos. Ello, concluye RAMELLI, influye en que finalmente el delito de rebelión no tenga en Colombia una delimitación clara respecto del delito común, lo cual también influye en que no exista una “verdadera política criminal al respecto”. En: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 2 ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

grupos armados ilegales. Ello constituirá objeto de obras de otras disciplinas que no es del interés del autor abordar.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Con una tradición milenaria que ha oscilado entre la justificación y el castigo despiadado de los rebeldes, este delito presenta unas particularidades especiales que lo hacen merecedor de un especial análisis académico dentro de las circunstancias que se presentan en el país.

El delito de rebelión está, al igual que otras figuras como la sedición y la asonada, inmerso dentro del concepto genérico del delito político. Hablar de delito político es hablar de ideas políticas. Y no sólo por el uso común en ambas expresiones del término “político”, sino, por que el primero tiene inspiración en el segundo. Esto es, todo delito político, encuentra su motivación en una determinada ideología política que, como lo ha enseñado la historia, es cambiante y muchas veces trasciende los límites histórico – temporales de la legislación de un país.⁵²

Sentado como se tiene en la actualidad, que el delincuente político obra con una motivación especial que lo diferencia del delincuente común, es necesario hacer una breve referencia sobre la forma en que el delito político ha evolucionado en la historia universal, desde que se tienen referencias, hasta la modernidad:

“En los pueblos de Oriente, que consideraban como divinos al Estado y al príncipe, el delito político, en la forma de ataque contra el Estado o contra el jefe de gobierno, fue tenido como grave atentado contra la propia Divinidad, y sancionado con severísimas penas.

“En Roma, la primera figura del delito político que conocemos es la perduellio, denominación genérica que comprendía todos los atentados que en alguna forma implicaran una hostilidad contra el Estado romano. El homicidio en la persona del príncipe, que es también el primer delito político contra la seguridad interna del Estado de que se tiene noticia, fue el llamado parricidium. Ambos eran castigados con la pena de muerte, aplicada a veces por medios verdaderamente horrorosos.

“Posteriormente surge en el derecho romano el denominado crimen majestatis, que consistió en un principio en ataques al pueblo romano, a sus instituciones o a su seguridad.

⁵² En efecto, la discusión sobre los delitos que se deben considerar políticos y los que no, estaría zanjada si se tuviera claridad sobre los hechos que tienen contenido político y los que no, lo cual redundaría en que, -en una fórmula lapidaria y simplista- se considere que delito político es todo aquel hecho realizado con fines políticos, mientras que se excluyen de tal calificación las actuaciones que no tengan finalidad política. Una definición como esta nos deja en la misma incertidumbre, toda vez que la calificación misma como *político* de un acto, se retrotrae a las propias concepciones políticas de quienes lo realizan, produciéndose una tautología que no es posible romper con esta concepción.

“En esta forma, la perduellio, aunque su diferencia con el crimen majestatis no es muy neta, viene a ser como el antecedente de la moderna traición a la patria, y los llamados por nuestro Código “delitos contra la seguridad del Estado”, o sean la rebelión y sus derivados, guardan semejanza con el crimen majestatis.

“La noción de este último fue ampliándose considerablemente con el correr de los tiempos y los cambios de forma de gobierno. A medida que el príncipe fue confundiendo su propia causa con la del pueblo romano, llegando hasta anteponerla a esta, fueron apareciendo nuevas modalidades del crimen majestatis, que ya no vino a consistir solo en atentados contra el pueblo romano, sus instituciones y su seguridad, sino que incluyó los que estuvieran dirigidos contra la vida del jefe de gobierno, contra su integridad personal, contra su dignidad, y aún los actos que implicaran simples desacatos.

Así vino a sancionarse, bajo la forma de crimen majestatis, el antiguo parricidio; las agresiones de hecho y hasta las simplemente verbales contra el monarca; las manifestaciones de menosprecio o vilipendio a su persona, a su nombre o a su efigie. Y al propio tiempo que se multiplicaban las figuras delictivas, se hacían más rigurosos los procedimientos y más generalizada la aceptación de pruebas privilegiadas.”⁵³

De esto se puede concluir que el contenido del delito político no es siempre el mismo, siendo ello dependiente del modelo de estado que reprima la conducta. Para un estado de corte absolutista, cualquier conducta de menor valor, incluso aquellas que son sólo críticas a su funcionamiento pueden revestir la forma de delincuencia política, mientras que, por el contrario, en un régimen democrático, estas conductas se pueden interpretar como el ejercicio de un derecho ciudadano.

En un principio, la denominación genérica de *crimina laesae maiestatis*, abarcaba a la vez muchas y disímiles ofensas a la autoridad del soberano. En consecuencia, el uso del término *delito político* es relativamente nuevo, siendo una aplicación del principio de estricta legalidad la consagración en la ley lo más detallada posible de todos los delitos que se comprenden en esta categoría. Por ejemplo, el código penal italiano prescribe en forma pormenorizada cuáles de las figuras contenidas en su texto son objetiva y subjetivamente políticos.

2.3 PUNICIÓN DEL DELITO POLÍTICO.

Es recurrente la literatura en recordar que para este tipo de delitos, el castigo más difundido era la pena de muerte, acompañada de una fuerte dosis de crueldad, tal

⁵³ PACHECO OSORIO, Pedro. DELITOS CONTRA EL ESTADO. Ed. Temis S.A. Bogotá, 1986. 77 págs.

como sucedió con Damiens, cuyo juicio por la comisión de un crimen de lesa majestad es uno de los antecedentes que tienen más trascendencia en la historia jurídico-penal de occidente. Este sujeto, que tuvo en el año de 1757 el infortunio de padecer la crueldad del rey Luís XV tras haberlo golpeado, fue torturado y descuartizado, y tras su muerte se prohibió darle sepultura, mencionar su nombre, reconstruir su casa tras la demolición ordenada por el rey, y sus parientes fueron desterrados, así como también sus bienes fueron confiscados.⁵⁴

Este castigo con pena de muerte se mantuvo vigente desde las épocas del imperio romano, en que se consideraban como crímenes de *lesa majestatis*, y por tanto merecedores de la pena capital, hechos como los siguientes⁵⁵: pasar frente al César y no hacerle reverencia, portar monedas que no tengan gravada su imagen y pasar frente a su estatua tras haber ingerido licor.

Efectivamente, la identificación del Estado con la de la persona del gobernante en otras épocas fue la razón para que el delito político se castigara con duras penas y se tuviera como uno de los peores crímenes o atentados contra la sociedad. Ello por cuanto también se identificaba al monarca con la divinidad, la cual, también representaba al “propietario” o pleno poseedor de la vida de los asociados.

Esta concepción se mantuvo en los antiguos ordenamientos jurídicos alemán y español, los cuales identificaban exclusivamente el crimen *majestatis* con la traición al soberano, mientras que lo que hoy propiamente ubicaríamos dentro de los delitos contra la existencia y seguridad del estado, tal como los denomina nuestra legislación penal vigente, sólo se castigaba si implicaba un atentado directo contra la persona del rey. Esto es, el elemento determinante para identificar un *crimen majestatis* era la agresión a la *persona* del rey, no al bien jurídico del estado entendido como institucionalidad.

Manifestaciones de esta concepción se encuentran en que también los propios militantes del credo católico, fueron en sus inicios juzgados por cometer *crimen majestatis*, dado que, su fe los apartaba de ofrecer los sacrificios que las creencias religiosas del imperio romano les exigían, y, por que al propio tiempo negaban la consecuente divinidad del príncipe, a quien le era ofrecido dicho tributo.

Con la posterior generalización de la religión cristiana como fe oficial, el estamento católico también incorporó figuras de delito político, para cuya sanción se valió del aparato estatal. Así, se crearon dos figuras de *crimen majestatis*, el *crimen de lesa majestad divina*, el cual consistía en todos aquellos atentados contra el Estado Pontificio, y el crimen de *lesa majestad humana*, el cual implicaba todos aquellos ataques contra la persona del Papa. Estas dos figuras se usaron posteriormente de forma que también protegían a las personas más cercanas al Papa, como los cardenales y los barones.

⁵⁴ ZARATE, Luis Carlos. EL DELITO POLÍTICO. Ed. Librería del Profesional. 1ra. Edición. Bogotá. 1996. 258 págs.

⁵⁵ “demasiado simples”, según la feliz expresión de ZARATE. En: ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 6.

Sin embargo, contra estas manifestaciones de autoritarismo en el juzgamiento del crimen de lesa majestad, surgen en el S. XVI las primeras formas de resistencia, que pregonaban la posibilidad de reacción legítima ante las arbitrariedades del poder, a través del desacatamiento de la ley, y también la difusión del atentado legítimo contra la vida del gobernante tirano.

Estas formas de resistencia, que fueron lideradas por Sto. Tomás de Aquino, se retomaron en el S. XVIII por cuenta de los revolucionarios franceses, quienes, con el objetivo de acabar con el *antiguo régimen*, dirigieron toda su producción académica hacia la racionalización de las penas y la reducción del poder absoluto que tenían los antiguos monarcas sobre las vidas de sus súbditos.

Con esta consigna, los filósofos de la Ilustración lograron derrocar el sistema absolutista, para luego instaurar un régimen más democrático, que, paradójicamente, terminó haciendo uso de los mismos métodos y concepciones contra las que se sublevó alguna vez y que le sirvieron de sustento. Es decir, fue el mismo régimen con pretensiones democráticas, racionalistas y humanistas, el que posteriormente a haber acabado con el enemigo que le dio origen, hizo uso de esos mismos medios contra los que luchó, con la finalidad de mantenerse vivo. De ello se encargó Napoleón, quien una vez triunfante la revolución, consideró que la anarquía reinante sólo podía ser contenida reviviendo en el Código Francés de 1810, las antiguas penas crueles y dolorosas, llegando incluso, a la aplicación de la pena de muerte contra los enemigos del nuevo Estado.

Hasta aquí, no había operado en el terreno de la teoría una diferenciación entre lo que hoy conocemos como el delito común y el delito político. Escasamente podemos hablar de que se imponían unas penas severas a una forma delictiva "*contra el monarca*", mas no llegó a distinguirse que ellas se cometieran en virtud de una determinada y motivada posición política.

Sin embargo, a principios del S. XIX⁵⁶, cuando se expandían los logros de la revolución Francesa, con su correspondiente avalancha de nuevas valoraciones desde la ilustración y de principios altruistas, se comenzó a dar la consideración de algunos factores subjetivos del procesado al momento de aplicar la pena por la acción cometida. Fue así como se abrió la puerta a la aplicación de penas menos severas para el delincuente político, habida cuenta de la consideración sobre su escasa peligrosidad para la sociedad y/o la no existencia en él de conducta anti-social. Entre otras cosas, la reducción de las penas en intensidad y extensión se debió al reconocimiento de que el accionar delictivo del insurrecto se dirigía contra el Establecimiento, contra el Estado, y no contra la sociedad civil, motivo por el cual, ésta carecía de un interés directo para pedir una sanción severa.

⁵⁶ La Constitución Francesa del 14 de Agosto de 1830, cuyo texto fue uno de los primeros que usó el término *delito político*, contiene en su artículo 69 la posibilidad de que ellos sean juzgados mediante la aplicación de la figura del *jurado*. Mientras que a su vez, la Constitución Belga de 1831 se sumó a esos primeros textos normativos que hicieron uso del término reproduciendo el texto de la Constitución Francesa.

“Sin embargo, las ideas liberales triunfaron en la Revolución Francesa lograron imponerse en materia de delitos políticos, y ya al finalizar el siglo XIX y a principios del siglo XX, se generaliza la tendencia encaminada a amortiguar los castigos para los delincuentes de esta clase, suprimiéndose, de ordinario, la pena capital. En las constituciones se consigna la facultad de decretar la amnistía y el indulto en su favor. En los tratados públicos se establece que debe rechazarse su extradición. Y, principalmente en Iberoamérica, se consagra el principio, hoy totalmente en vigencia del derecho de asilo.”⁵⁷

ZARATE ilustra el fenómeno así:

“Francia, bajo la poderosa influencia de Guizot, fue la primera en el mundo en dar vigencia a los principios nuevos por la Ley del 28 de Abril de 1832, reformativa del Código Penal Francés de 1810. Esto se llevó a cabo, bajo la vigencia de la Constitución de 1848, artículo 5. En Suiza, la Constitución de 1848 abolió igualmente la pena de muerte en materia política (artículo 54)

La Constitución de 1874 (artículo 65) la abolió para todos los delitos, pero una revisión parcial, adoptada por votación popular de 18 de mayo de 1879, restringió la abolición para los delitos políticos solamente, los Cantones, quedaron libres de castigar con muerte los delitos de derecho común.”⁵⁸

De ello deriva que, en últimas, el fundamento para penalizar la comisión de los delitos políticos no sea unívoco, y, por el contrario, oscile entre polos extremadamente opuestos, lo que explica la estupefacción que esa circunstancia le provoque al ilustre maestro CARRARA cuando al estudiar la naturaleza del delito político afirma:

“Por una parte, a los conspiradores e innovadores políticos son declarados infames y perseguidos hasta en sus bienes y en sus hijos; del otro lado, se esparcen flores sobre sus tumbas y se perpetúa su memoria como mártires con biografías y poesías populares. En un lado, se saca su efigie para entregarla al verdugo; del otro, para colgarla en las paredes domésticas como recuerdo venerado y llorado. En un lado, el infierno; en el otro, el altar.

“MORI, con crueldad, deplora la hospitalidad que las naciones cultas brindan a tales gentes; pero mientras tanto, los tratados internacionales de los pueblos cultos los excluyen de los pactos de

⁵⁷ PACHECO OSORIO, Pedro. Op. Cit. Pág. 4.

⁵⁸ ZARATE, Luis Carlos. Op. cit, pág. 4.

extradición. En una parte se reclaman formas jurídicas excepcionales y jueces escogidos para aumentar las garantías frente al poder que los persigue; en la otra se reclaman formas más veloces y juicios anormales para hacer más segura la represión. De este lado, persecuciones e investigaciones empeñadísimas; del otro, constante favorecimiento y toda clase de facilidades para la evasión. Aquí se estudia para hacer más duras las penas; allí se estudia un orden adecuado de pena más benignas: a la galera y a la casa de fuerza las sustituye la fortaleza; a la deportación, la relegación; y hasta se niega que aquí puedan aplicarse los nombres de delito y delincuentes”⁵⁹

Con la decantación propia del pasar del tiempo, el delito político ha ido diferenciándose del llamado delito común en tanto tiene presente una marcada tendencia de quien lo comete hacia la realización de un ideal de vida, de gobierno y de sociedad. De ahí que su penalización sea tan problemática, dado que tras el fragor de una batalla, bien puede ser que el opositor gane la guerra y se convierta en héroe, cambiando una sociedad entera, y sino, será encarcelado como traidor. En efecto, así fue como lo entendió el Maestro Carrara cuando afirmó:

“... el delito político no se define por verdades filosóficas, sino mas bien por el predominio de los partidos o de la fuerza, o por la suerte de una batalla.”⁶⁰

Y sobre el mismo punto, manifiesta MAGGIORE:

“La verdad está en el medio. El Código que quiera inspirarse en la justicia, debe reprimir el delito político, sin conculcar los sagrados derechos de la persona; debe defender la seguridad, el prestigio y el honor del Estado, sin olvidar que se encuentra entre seres humanos que, aunque súbditos, tienen una dignidad reconocida por las leyes divinas y naturales; en suma, debe situarse a igual distancia de los dos extremos; el individualismo y el estatismo.”⁶¹

2.4 BENEFICIOS PARA EL DELINCUENTE POLÍTICO.

2.4.1 La no extradición. Frente al tema de la extradición de delincuentes políticos, hay que anotar que ella nace en la época medieval, concretamente en el S. XI, a pesar de que durante toda la edad media fueron pocas las oportunidades en que se verificó la extradición. Seguidamente, a partir del S. XVII esta figura se empezó a estipular expresamente en los tratados de colaboración entre Estados,

⁵⁹ CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Parte Especial. Vol VII. Trad. de: ORTEGA TORRES, José Jorge, y GUERRERO, Jorge. Ed. Temis. Cuarta edición revisada. Bogotá, 1.978. Pág. 523, § 3938.

⁶⁰ CARRARA, Francesco. Op. cit., Pág. 518.

⁶¹ MAGGIORE. Derecho Penal. Vol. III, pág. 25. En: PACHECO OSORIO, Pedro. Op., cit.

lo cual dio origen a la práctica de que también los delitos llamados *comunes* fueran objeto de extradición.

Esta práctica de extraditar delincuentes políticos era común en Europa hasta el S. XIX, siendo manifestación de ella el Tratado entre Francia y Suiza de Diciembre 31 de 1828, por cuyo contenido se hacía posible la aplicación de la figura en los mencionados casos. Sin embargo, el fenómeno fue cambiando a mediados del mencionado Siglo XIX, y la nueva posición adoptada fue la de prohibir la extradición por estos delitos, lo cual se ve en que, v.gr., estos mismos estados (Francia y Suiza) anularon el acuerdo común que tenían vigente, a través de una declaración de Septiembre 30 de 1833, a la cual se referiría posteriormente una circular ministerial de Francia proferida en 1841, en los siguientes términos:

*“los delitos políticos se realizan en circunstancias tan difíciles de apreciar, ya que ellos nacen de pasiones tan profundas, que a menudo son excusables. Francia mantiene el principio de que la extradición no debe tener lugar por actos o hechos políticos. Es esta una regla que Francia ha guardado celosamente con honor; ella siempre la ha rehusado desde 1830; es una regla que ella no demandará jamás.”*⁶²

Por su parte, continuando con la nueva concepción de no extradición por delitos políticos, Inglaterra se pronunció así:

*“Se trata de una regla, que más que toda otra, ha sido observada en los tiempos modernos por los Estados independientes, grandes y pequeños, es la regla de oro de no entrega de los refugiados políticos, a menos que su cumplimiento emane de las estipulaciones de un tratado; y el gobierno de su Majestad cree que él tiene mínima obligación o no se considera obligado en cuanto a su aplicación. Las leyes de la hospitalidad, las exigencias de la humanidad, los sentimientos naturales del hombre, todo aquí confluye para evitar tales extradiciones. Todo acto que haga relación con tales extradiciones sería por justo título, evitando así ser universalmente estigmatizado o deshonrado.”*⁶³

De esta manera, lo que fuere en un principio una práctica que derivaba del derecho interno de los Estados, se convirtió en una regla de derecho penal internacional, de cumplimiento generalizado para todos los Estados, salvo algunos como Rusia, los estados Germanos y el Imperio Austro-Húngaro, quienes mantuvieron su costumbre de extraditar delincuentes políticos hasta el año de 1914.

⁶² En: ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 5.

⁶³ *Ibíd*em, pág. 6.

A pesar de la concepción de trato benévolo al delincuente político reinante, en la historia reciente, concretamente casi a mediados del siglo pasado, el tratamiento con dureza al delincuente político se recrudeció de nuevo bajo los regímenes autoritarios Fascista y Nazista, así como también bajo el régimen comunista de la Unión Soviética, los cuales, para poder sostenerse, debieron aplicar las más duras penas a la disidencia política, que iban desde las torturas, pasando por la desaparición forzada, hasta la misma pena de muerte, en la mayoría de las ocasiones sin ninguna fórmula de juicio válida o aplicación del derecho de defensa, o en el mejor de los casos, con una vulgar imitación de estos, pero con la pena fijada en contra del procesado antes de empezar el juicio.

2.4.2 La amnistía y el indulto. A pesar de no tener en la ley una definición como tal, el “*delito político*” es una forma punible que tiene un tratamiento preferencial frente a las demás conductas del código penal calificadas doctrinaria y jurisprudencialmente como delitos comunes, puesto que, entre otros beneficios, el congreso de la república puede otorgarle amnistía o indulto si se llenan los requisitos del artículo numeral 17 del art. 150 de la Constitución Nacional. Este artículo, que contiene las funciones del congreso, reza en lo pertinente:

“ ...
“17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.
“ ...”

El mismo texto, confiriendo esa función al mismo órgano, se encontraba reproducido en el numeral 23 del art. 76 de la Constitución de 1886. Lo que quiere decir que, en la tradición jurídica colombiana ya antes de nuestra actual carta política, se encontraba vigente la tradición de otorgar un tratamiento preferente en las penas a imponer a los delincuentes de opinión.

Ello sin embargo, no ha sido una prerrogativa otorgada sin requisito alguno, por que la carta constitucional obliga a que para que sea procedente otorgar esta forma de trato jurídico complaciente al delincuente político, deben concurrir los “*graves motivos de conveniencia pública*” y además, el voto favorable de los dos tercios de los miembros de ambas cámaras del congreso. Es decir, que, la procedencia de esta forma de “*perdón*” es bastante exigente, en el sentido de requerir un amplio consenso social, representado en la mayoría calificada de los votos que reclama de los representantes del pueblo en el legislativo.

Sobre cada una de estas figuras en particular⁶⁴, podemos decir que la amnistía, cuyo origen es griego y significa olvido, es siempre general, borrando completamente la acción represora del Estado, y lo que sobrevive de la declaratoria de responsabilidad del procesado es su obligación de indemnizar, a menos que el Estado la asuma en su nombre.

Por su parte, los indultos pueden ser generales y particulares, y ambas formas anulan la pena, pero la obligación de indemnizar sólo sobrevive en el caso de los indultos particulares, siendo anulada conjuntamente con la pena en los indultos generales. Son generales si los concede el congreso, mientras que los particulares son los concedidos por el Gobierno de acuerdo con la ley.

La figura de la amnistía se concede por graves motivos de conveniencia pública, los cuales son valorados por el congreso, quien finalmente da origen a la figura a través de una ley que requiere una mayoría calificada en su votación. La iniciativa puede provenir del gobierno o del propio Congreso. Su objetivo es restablecer la paz perturbada mediante el perdón a los delincuentes políticos, y debe señalar en su texto los beneficiarios de la medida, sin que sea dable que esa determinación la haga el ejecutivo por autorización del legislativo.

En cuanto a los indultos, se anota que los generales no eliminan los delitos cometidos, sino solamente la pena que les ha sido impuesta. Los particulares son evaluados individualmente por el Presidente de la República

2.5 CONCLUSIONES PRELIMINARES.

Para continuar el análisis, baste por ahora hacer dos precisiones iniciales: i) actualmente se entiende que el objeto contra el cual se dirige el delito político ya no es la persona del gobernante, sino que es la estabilidad de las instituciones jurídicas que sostienen el aparato del estado, y ii) que el tratamiento que los estados modernos han dado al delito de rebelión, o al delito político en general, es sustancialmente diferente al que inicialmente les mereció, es decir, la ley penal actualmente tiene una respuesta de trato preferencial de estas formas delictuales frente a las demás, que, por contraposición, han dado en denominarse delitos comunes. Esto es, a la fecha, la respuesta penal por parte de las democracias modernas frente a la disidencia política armada o violenta es de benevolencia, de un castigo mitigado en su dureza por el móvil que inspiró al delincuente.

Cabe entonces la pregunta: en qué momento el delito político pasó de ser uno de los más graves y fuertemente castigados, a uno de los que merece una pena más

⁶⁴ Cfr. PEREZ, Luis Carlos. DERECHO PENAL, PARTES GENERAL Y ESPECIAL, Tomo II. Ed. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1989. 518 págs. El autor hace un interesante resumen y análisis de los argumentos esbozados por algunas doctrinas a favor y en contra de estas figuras, como manifestación que son del derecho de gracia. Al respecto, PEREZ aclara que el fundamento de ambos institutos no está en la impunidad *per se* hacia los delincuentes políticos, sino que su finalidad es la de obtener la paz social y política, y de ahí su raigambre constitucional.

blanda?. Frente a ese cuestionamiento se podría arriesgar la siguiente respuesta: no es posible diferenciar un momento histórico exacto en el que se pasó de una concepción distinta para al problema. Es más, ni siquiera puede hablarse de una época histórica bajo la cual se haya cambiado la concepción de la respuesta punitiva a estas conductas.

Se diría entonces que lo que marca la diferencia, es esencialmente el concepto del “bien jurídico” agraviado con la conducta, y la valoración que de aquél se haga en sociedad. Es decir que independientemente del momento histórico se puede hablar de, al menos tres situaciones en que se concibe distintamente el delito político, así: i) es un atentado grave contra el establecimiento ii) es un atentado grave contra el monarca y iii) es un atentado grave contra la sociedad.⁶⁵

2.6 LA DISTINCIÓN ÓPTICA ENTRE EL DELINCUENTE POLÍTICO Y EL DELINCUENTE COMÚN⁶⁶.

En efecto, el delincuente común se distingue del que comete delito político en razón a los móviles que inspiran su acometer contra el Estado, los cuales son para éste último de orden altruista, noble, benévolo, y puede decirse que hasta filantrópico. El delincuente político, por regla general se informa en su actuar por una preparación académica que le hace discrepar de los valores defendidos por el gobierno de un país o por su “orden constitucional o legal vigente”⁶⁷. Es por ello que algunos doctrinantes discrepan de la denominación de delincuente dada a quien comete delito de opinión, pues “*el delito como tal, tomado en su acepción*

⁶⁵ A pesar de que, ilustres juristas como el profesor LUIS CARLOS ZARATE afirman con contundencia que el cambio en la punición del delito político se debe a la llegada de un determinado momento histórico claramente diferenciable (la revolución francesa). Esto es, antes del S. XIX la punición del delincuente político era muy severa, mientras que la punición benévola nació “*con un siglo de diferencia*”. En sus propias palabras: “*Las dos fases de la historia del delito político nos dan un (sic) resumen, dos concepciones absolutamente opuestas, con anterioridad a la revolución, los delitos políticos eran considerados como los delitos más graves, por consiguiente, los responsables de ellos, eran acreedores a penas más severas; con posterioridad a la revolución, pierden el carácter de extremada gravedad y por tanto los responsables son perseguidos con menor rigor.*” Sin embargo, debe observarse que, si bien se acepta la primera asección, esto es, que antes del S. XIX el delito político era sancionado con las penas más rigurosas por considerarse de especial gravedad, la segunda asección no es del todo cierta, desestimando su apreciación de que el cambio en el tratamiento penal de la mencionada figura delictiva se deba a la sola llegada de un momento histórico preciso. En efecto, el hecho de que en plena vigencia del S. XX existiesen regímenes totalitarios como el de la Alemania Nazi y el de la Unión Soviética Stalinista que sancionaban con la pena de muerte, y sin fórmula de juicio alguna, la traición (cuyo contenido incluso no era del todo claro, y quedaba librado a la calificación hecha por el Duce frente a cada caso en concreto), la desertión e incluso la cobardía, sin hacer mención de otros más graves como el espionaje, la delación o la colaboración con el enemigo; con el agravante de que se aplicaban no sólo a los miembros de las fuerzas armadas, sino también a los civiles – y en contra de estos últimos, desafortunadamente, en no pocas ocasiones-; da validez a nuestra tesis de que la forma de punición del delito político obedece, antes que a la llegada de una época histórica definida, a la valoración que en una sociedad, determinada en tiempo y espacio, se haga de los bienes jurídicos afectados por los rebeldes, e incluso también, al tipo de bien jurídico que consideren afectado. Cfr. ZARATE, Luis Carlos. Op., cit.

⁶⁶ “*En tanto que el delincuente común debe quedar circunscrito a un tratamiento en términos de asimetría moral y jurídica, por parte del Estado; el delincuente político, en cambio, debe ser tratado por éste en los términos de un modelo de simetría moral y asimetría jurídica.*” En: OROZCO ABAD, Ivan y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. LOS PELIGROS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN MATERIA CRIMINAL. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo. Dirección General de Prevención y Conciliación. Coedición con: Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1.997. p.186.

⁶⁷ Art. 467 Código Penal.

más amplia envuelve o encierra una imputación de suyo innoble o degradante, sobre todo para un hombre de calidad superior, un pensador político, para quien el estigma o calificativo de delincuente constituye una afrenta fundamental considera (sic) que debería cambiarse tal denominación por la de ‘oponente político’, denominación que desde luego está más acorde con su carácter intrínseco y la nobleza de su finalidad, ya que lo que caracteriza el delito político es el móvil, lo cual envuelve un fin noble y elevado que está muy lejos de la capacidad homicida de privar a un ser humano de vida (sic).”⁶⁸

A contrario sensu, quien comete un delito común tiene entre sus motivaciones, aspectos de índole netamente personal, y es su egoísmo el que lo lleva a contravenir las leyes de la nación.⁶⁹ Esta distinción teórica entre delito común y delito político había sido la aceptada por la justicia nacional hasta la sentencia de la Corte que se comenta, y el móvil del delincuente no sólo sirvió como fundamento de una distinción, sino también de un trato penal diferenciado entre ambas clases de delitos. Por ejemplo, entre otros muchos pronunciamientos en la tradición de su posición frente a estas conductas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema había dicho en una sentencia de mayo de 1982:

“Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario, en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son – por regla general- los factores determinantes de esta clase de delincuentes.”

Y en pronunciamiento de Abril de 1995 sostuvo la misma Corporación:

“el delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de Gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos. Por tal razón, el motivo determinante de su realización ha de ser igualmente político.”

⁶⁸ ZARATE, Luis Carlos. Op. cit. pág. 152.

⁶⁹ Esto es lo que la dogmática denominaría una distinción entre el delito político y el delito común fundada en el aspecto subjetivo del delincuente, en sus motivaciones. La distinción ha sido reconocida por la doctrina, pero también fue reconocida y aplicada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal, y, lo más paradójico es que, también por la Corte Constitucional, entre otras, en una sentencia de enero de 1995: *“El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes prescritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe pues hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto e intención.”*

Análogamente, la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema ha hecho la aclaración de que el ropaje de rebelde sólo puede tenerlo quien ejecute delitos políticos, no siendo correcto que quien cometa delitos comunes, aún siendo considerado como sujeto activo de rebelión en otros delitos, pretenda ser beneficiario de la exclusión de pena para el punible común, por que ello es un beneficio privativo para el delincuente político en razón de los móviles que lo inspiraron a cometerlo.⁷⁰

Es por ello que en los últimos tiempos la civilización ha diferenciado también el tratamiento punitivo que merece tanto una como otra forma de delincuencia, dando al delito político una punibilidad atenuada, menor que la merecida por el delito común en atención a los móviles que inspiraron el actuar del sujeto activo de la conducta. Esta es una de las características que distinguen el delito político, tal como lo han anotado la jurisprudencia y la doctrina: “Por los móviles altruistas y nobles que representan, se les reprime dentro de límites punitivos benignos.”⁷¹

Dada esta particular característica del delito político anotada anteriormente, su tratamiento especial trasciende el espacio de la mera aplicación reducida de una pena. Verdaderamente, el delincuente político tiene un especial tratamiento que también se manifiesta en la prerrogativa de no extradición que juega en su favor, la cual está amparada no sólo en los ordenamientos jurídicos internos de cada país, sino también en los tratados internacionales sobre extradición que los excluyen expresamente de esta forma de lucha contra la delincuencia internacional.

Así es como se encuentra consagrado en la carta constitucional colombiana de 1991, que en su art. 35 prohíbe la aplicación de la figura de la extradición “por delitos políticos o de opinión.”, con lo cual se privilegia el móvil de quien generalmente por motivos intelectuales, de convicción personal, debe tomar las armas para derrocar un gobierno que considera injusto o inconveniente, para reemplazarlo por otro más benéfico para la sociedad.

2.7 CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE EL DELITO POLÍTICO

Cuestión no menos importante es la de la definición del contenido, del alcance dado al delito político, cuyos lindes con el delito común nunca han estado claramente diferenciados, y, por el contrario, dependen de la concepción, también política, que se tenga de ellos en cada Estado. Así, digamos que el delito político no puede tener una definición clara que sea universalmente aceptada, puesto que, como lo señala ZARATE, parafraseando a GARCÓN en un tratado sobre el tema escrito en 1922, “*la teoría del delito político está aún en formación*”⁷²

⁷⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General – Parte Especial. 7ª Edición. 2005. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. pág. 1441.

⁷¹ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Op. cit., pág. 1438.

⁷² ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 8.

Deriva de esta “no definición” del contenido del delito político en las legislaciones, que sus contenidos y límites sean trazados más por la Jurisprudencia y la Doctrina, siendo, por el contrario, la única referencia de orden normativo sobre el alcance de esta figura delictiva, el que algunos tratados contienen sobre ellos, pero de modo *negativo* y no positivo. Esto es, las normas no se ocupan de definir lo que es el delito político, sino, por el contrario, las conductas que *no lo son*.⁷³

Por su parte, la doctrina se ha ocupado de hacer algunas distinciones frente al delito político, de las cuales es pertinente analizar la que hace el profesor LUIS CARLOS ZARATE⁷⁴, quien distingue entre delitos políticos puros y delitos políticos relativos o concurrentes, haciendo a su vez, otra subdivisión de esta última categoría en delitos políticos complejos o mixtos, y los delitos de derecho común conexos a un delito político o a un fin político.

Los delitos políticos puros serían aquellos que buscan desestabilizar el Estado, anotando que el fundamento dado por LOMBROSO⁷⁵ a la sanción contra este tipo de agresiones está en la instintiva conservación de los seres humanos del orden establecido, del cual se sienten parte, lo que resulta en que la agresión sufrida por el régimen por parte de los mismos asociados no merece la calificación de delito – según lo sostiene el mismo autor-, ya que la revolución es un producto legítimo del devenir de los tiempos, que madura las concepciones ideológicas de la sociedad, y no el fruto de un atentado contra el establecimiento, proveniente de solo unos cuantos “*desviados*”, como son los delincuentes políticos.

De la misma manera, en estos delitos políticos puros se comprenden –según la definición doctrinaria de autores como Von Bar, Von Liszt y Billet- todos aquellos que atentan directamente contra la existencia del Estado o su normal funcionamiento, considerándolo en forma abstracta. Entre ellos se cuentan, a modo de ejemplo, los que atentan contra el ejercicio de la soberanía popular, los que atentan contra el jefe de gobierno, y los demás contra los derechos políticos del ciudadano. Para algunos autores, sin embargo, el delito político puro se relaciona con aquellos atentados contra los “derechos que pertenecen al Estado”⁷⁶.

⁷³ Posición que consideramos simplista y antitécnica, pues, definir en una norma los delitos que a su vez no son delito político reduce la específica complejidad fáctica de las figuras de delincuencia política, predeterminando *ab initio* las conductas que los rebeldes realizarán para conseguir su objetivo de la toma del poder, sin considerar que, para ello se deben desplegar múltiples y disímiles actuaciones, todas tendientes al mismo fin, y que, en su mayoría pueden derivar en delictivas. Las fórmulas bajo las cuales se muestra esta tendencia son, por ejemplo: la contenida en el Tratado de Extradición Franco-Belga de Agosto 15 de 1875 que dice: “no será reputado delito político ni hecho conexo a un delito semejante...” y a continuación menciona una serie de conductas no subsumibles en el delito político. Y en el mismo sentido se expresan los tratados de Francia con Baviera, Dinamarca, Luxemburgo, Suecia y Noruega, entre otros.

⁷⁴ ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 10 y ss.

⁷⁵ En: ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 12 y ss.

⁷⁶ Sin considerar que la calificación es a todas luces infortunada, es atribuida a Vidal en las citas que de su texto hace ZARATE.

De esta clasificación como delitos políticos puros, se excluyen los atentados contra el *orden administrativo del Estado*, el cual se entiende como los órganos encargados de aplicar a los intereses individuales las medidas generales tomadas por los poderes políticos.⁷⁷

Por su parte, los delitos políticos relativos o concurrentes han sido divididos por la doctrina en delitos complejos y en delitos conexos. Ambas distinciones parten de considerar que el delito político está acompañado de la comisión de otros delitos definidos como comunes. Para el caso en que los delitos comunes efectivamente se han cometido, y lo han sido como medios para posteriormente cometer otros delitos de índole política, estamos frente al fenómeno de la conexidad. De otro lado, si la única conducta que se comete es la que comporta un delito común, al paso que el delito político queda inconcluso, se predica que el primer ilícito es un hecho complejo, por que se puede interpretar como un punible consumado, y a la vez como un acto preparatorio de un delito político.

Hay que decir que esta interpretación de la distinción no es propiamente la querida por sus autores.⁷⁸ Adicionalmente, a lo que alude el fenómeno de la conexidad es al necesario vínculo de medio a fin que existe entre un delito común

⁷⁷ Cfr. ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 14. Sin embargo, se precisa que esta definición no es clara, ni tampoco ilustrativa, por cuanto no se ve exactamente cuáles son esos poderes públicos encargados de aplicar las medidas generales que toma el poder político a favor de los intereses particulares. Esto es, en últimas, todos los órganos del Estado terminan siendo encargados de esa función, en mayor o menor medida, ya que si se entienden esos “intereses particulares” como derechos subjetivos, de cuyo favorecimiento habla VIDAL cuando lo menciona como función de los “poderes públicos”, en últimas todas las instituciones del Estado tienen la finalidad de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”, y “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, tal como lo prescribe el artículo 2 de nuestra Constitución Nacional. Ergo, distinguir instituciones que favorecen derechos subjetivos de las que no lo hacen no es real, toda vez que esa función está presente en todas ellas y es una cuestión de grado. Esta última observación relativa a la inutilidad del concepto “administración del país” a la hora de excluir como objeto de lesión del delito político, los delitos contra ella cometidos, es compartida por ZARATE, destacando a renglón seguido que la moderna concepción de estas formas delictivas comprende tanto lo objetivamente dañado o pretendido dañar, como el carácter subjetivo de pretender obtener finalidades políticas de ello.

⁷⁸ Juristas franceses son los autores de la distinción, sin embargo, Lammasch niega su utilidad, interpretándola con el siguiente ejemplo: el de un hurto que se comete para posteriormente facilitar la comisión de un delito de alta traición. Hay conexidad entre los punibles si ambas conductas se realizan, mientras que si sólo se realiza el hurto, éste termina siendo un delito complejo, toda vez que no sobrepasa su propia naturaleza y la de un acto preparatorio de la alta traición. Sin embargo, se observa que interpretación de la distinción no es muy afortunada, puesto que no parte de considerar que el delito político considerado aisladamente es lo mismo que el delito imposible, en últimas, con esta interpretación la consagración típica de esta figura no es más que el intento de penalizar la “finalidad” perseguida por el autor, el tipo penal contentivo del delito político sería no más que una valoración negativa hecha por el ordenamiento jurídico a su conducta, adelantada en otro proceso para obtener un castigo adicional al del delito común. Por el contrario, parece considerar que el delito de alta traición es una figura que puede llevarse a cabo “en el mundo de los hechos” sin tener que recurrir a otras conductas ilícitas; esto es, puede encontrarse pulcra, única e inmaculada. Pero omite el autor preguntarse ¿Qué actos son eficaces para cometer una alta traición sin que sea a su vez necesario cometer un homicidio, una injuria, una calumnia, u otros punibles? La respuesta es obvia: ninguno. La comisión del delito político **necesariamente** tiene que estar acompañado de otros delitos –llamados comunes–, por ello es que nosotros decimos que si se interpreta la distinción como lo ofrece el autor, la consagración del tipo penal contentivo de un delito político termina siendo no más que una penalización adicional por el ánimo de destruir el estado que inspiró al autor. Sin embargo, la interpretación correcta de ambos conceptos, según como lo concibieron sus autores es la de comprender al delito complejo como un punible que lesiona a la vez el “derecho político y el derecho común”, mientras que el delito conexo es aquel objetivamente cuestionable sólo desde la óptica del derecho común, pero que a la vez su agente le atribuye un carácter político. En: ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., págs. 20, 21.

y la agresión a las instituciones del Estado por móviles políticos o de opinión.⁷⁹

Por su parte, ORTOLÁN⁸⁰, manifiesta una definición subjetiva del delito político, para la cual no es precisamente la institución atacada lo que marca la diferencia con el delito común, sino la verificación de que sea el Estado el directamente afectado por la conducta, que la afectación se verifique sobre su organización social o política, y que la represión tenga un interés relacionado con la organización afectada. En otras palabras, para los partidarios de esta teoría lo determinante al definir un delito político es que el interés del agente al cometerlo sea el de obtener beneficios para una colectividad, para la comunidad, lo cual excluiría de plano la posibilidad de considerar como delito político un atentado cuya finalidad sea la de obtener beneficios personales para quien lo comete.

FERRI es uno de los más decididos partidarios de esta teoría, introduciendo una pequeña variable en ese aspecto subjetivo del que deriva la calificación jurídica de un delito como político. Dice FERRI que el delito político se define *exclusivamente* por el ánimo político de quien lo comete. Sin embargo, aclara el maestro italiano que el término *exclusivamente* también incluye ese mínimo de egoísmo que está presente en todas las actuaciones humanas, es más, sostiene que se puede predicar *politicidad* de un delito que tenga un móvil egoísta, siempre que éste no sea el móvil exclusivo, y que a la vez sólo busque encubrirse falsamente con un ropaje de altruismo.

De otro lado, existe también una teoría objetiva del delito político, la cual hace énfasis en la naturaleza del derecho violado, en que indistintamente de la intención que haya tenido quien lo comete, la lesión vaya dirigida en contra de los intereses políticos del estado, entendiéndose por tales, la soberanía, la integridad territorial, la seguridad, el régimen constitucional, etc. Sin embargo, el término *intereses políticos del estado*, ha sido objeto de interpretaciones diversas, dentro de las cuales se entienden, por un lado aquellas que lo definen como su

⁷⁹ Frente al punto, ZARATE hace una interpretación en contra de lo aquí afirmado, ya que parte en su análisis del artículo 127 del código penal anterior, que prescribía que los punibles que eran susceptibles de ser subsumidos por el delito de rebelión eran los “cometidos en combate”. Interpretación de ese texto es que otro tipo de actos ilícitos, no cometidos en combate, pero inspirados también en finalidades políticas, como un hurto, no eran objeto de subsunción, y por lo tanto, -concluye ZARATE, reduciendo el ámbito natural de la conexidad-, debían ser judicializados en concurso con la rebelión, y no eran objeto de exoneración de pena; en efecto, interpretando el alcance de la norma declarada inexecutable, ZARATE afirma: “*Ahora bien: si los mencionados homicidios y las lesiones se cometen fuera de un combate, o si los rebeldes ejecutan actos de ferocidad o de barbarie, como serían por ejemplo el incendio, el saqueo, el envenenamiento de fuentes o depósitos a (sic) agua, dichos actos se sancionan acumulativamente con el delito de rebelión, lo cual quiere decir que las penas se aplicarán según el sistema de la acumulación jurídica previsto en el artículo 33 del Código Penal.*”. Frente a ello hay que anotar que el límite de los delitos “cometidos en combate” era no más que una talanquera impuesta por la legislación penal colombiana al fenómeno de la conexidad, mismo que en sentido lato no impone límites para concluir que haya relaciones de dependencia, de medio a fin, entre *cualquier* ilícito y el delito político. Lo que sucede es que esa limitante se ha impuesto en consideración a una política criminal que busca reducir la impunidad por algunos delitos cometidos en la lucha revolucionaria a sus “justas” dimensiones, sin que éticamente sea de recibo la legitimación por la vía de no sanción penal a la utilización de cualquier clase de medios para llevar a cabo los objetivos de los insurrectos. ZARATE se expresa así frente al punto: “*La existencia de una relación entre un delito de derecho común y un fin político no depende necesariamente de acontecimientos políticos, cualquiera que sea el sentido dado a esta expresión. Los actos preparatorios de una rebelión o de una conjuración pueden consistir únicamente en la perpetración de delitos de derecho común, tales como robos de dinero, no previstos por la ley como actos preparatorios del delito de rebelión o de conjuración.*” En: ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 22.

⁸⁰ Citado por ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 16.

existencia, soberanía, seguridad, integridad territorial del estado y el régimen constitucional; y por otro, una interpretación más amplia que incluye también los delitos contra los derechos políticos del ciudadano, denominados delitos políticos impropios.

Por su parte, una definición más completa, omnicomprendensiva del criterio objetivo y subjetivo para la determinación del delito político, es la que sostiene TRAVERS⁸¹, la cual supone a su vez la aplicación del criterio objetivo y el subjetivo. En la práctica, para determinar la entidad política del delito deberá verificarse si se dirige contra una institución política, así como también si la intención de quien lo comete era del mismo tipo político. Añade PACHECO OSORIO⁸² que esta teoría objetivo-subjetiva que permite predicar la calidad de político a un delito sólo si en él concurren tanto la agresión al Estado como la finalidad altruista, es la que fue adoptada en nuestro país con el código penal de 1936, lo cual contribuye a afianzar la idea de que la tradición jurídica colombiana ha sido partidaria de un trato penal benévolo al delincuente político.

Y la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado en los mismos términos:

“El delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, el interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo”⁸³

⁸¹ Citado por ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 17.

⁸² PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 8.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Abril 25 de 1950. “G.J.”, t. LXVII, pág. 543. En: PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 9. Adicionalmente, en el mismo texto PACHECO menciona una distinción adicional que ha sido elaborada por algunos doctrinantes, entre delitos que atentan contra la seguridad externa del Estado, su soberanía y la integridad territorial, y otros que atentan contra su régimen constitucional y su seguridad interna. Lo curioso de esta definición es que a aquellos delitos que atentan contra la seguridad externa del estado les niega el carácter de políticos, por demeritar *a priori* la idea de que este tipo de actos puedan obedecer a sentimientos altruistas de quien los comete, reservando tal calificación sólo a aquellos que atentan contra el régimen *interno* del Estado. En una muy lúcida reflexión, PACHECO desestima la conclusión de esta distinción, trayendo como ejemplo aquél episodio del régimen colaboracionista a los nazis que se instauró en la Francia de Vichy durante la Segunda Guerra Mundial, del cual participó el otrora héroe galo de la primera guerra mundial, Philippe Pétain, quien por haberse condecorado con los invasores, logró que los rigores de la ocupación del Tercer Reich no fueran tan insoportables, lo que hizo indudablemente por móviles políticos, y sin embargo no obstó para que sus actos fuesen repudiados por algunos grupos de la resistencia francesa que veían con horror que el gobierno de Vichy no sólo buscara *soportar* a los nazis, sino que era, por así decirlo, una *sucursal* de Hitler en Francia, que aplicaba plenamente la ideología brutal del nacionalsocialismo. Ese juicio negativo de los franceses a Pétain por su colaboracionismo, anota PACHECO, se produjo por un simple hecho de poder: que finalmente los aliados ganaron la guerra, puesto que si la victoria hubiese sido para los nazis, la actitud del *traidor* hubiese sido alabada, dándole más lustre a su nombre por sus actos de la primera guerra mundial.

2.8 EL DELITO DE REBELIÓN. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL.

Ahora bien, una de las modalidades del genéricamente llamado delito político es la rebelión. Figura delictiva que, de la misma manera que las otras conductas penales de opinión, se hace merecedora de un tratamiento jurídico punitivo más benigno que el delito común. Sin embargo, cabe mencionar que esta forma específica de injusto también reviste, al igual que las otras formas de delitos políticos (léase sedición, asonada), una característica de delito imposible si no se acompaña de otras figuras delictivas usadas como medio.

La etimología de la palabra rebelión se remonta a la expresión latina “*rebellio onis*”, cuyo significado es el de un “levantamiento, una sublevación de algunos contra el gobierno constituido, o la acción de impedir con violencia la ejecución de las órdenes emanadas de la autoridad pública.”⁸⁴

Tipificado en el art. 467 del actual código penal (Ley 599 de 2000), la rebelión se entiende como un tipo penal que castiga a quienes pretenden “derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente...” mediante el uso de las armas.

No es asunto de menor importancia el análisis pormenorizado de la figura típica, puesto que sólo detallar sus presupuestos normativos puede contribuir a observar mejor el sentido y alcance que el legislador quiso dar al delito.

En primera instancia hay que referirse a la descripción legal contenida en el artículo 467 del Código Penal, para derivar de ella sus elementos integrantes:

“ART. 467. –Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”⁸⁵

⁸⁴ ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 163.

⁸⁵ Jurisprudencialmente la Corte ha trazado los límites entre el delito de rebelión y el terrorismo en los siguientes términos, cuya claridad conviene tener en el presente trabajo, dadas las especiales condiciones políticas del momento en nuestro país: “Pues bien, de acuerdo con el primer precepto, las pretensiones de los rebeldes deben cumplirse en actividades específicas y de carácter externo mediante el empleo de las armas –como condición inescindible al rebelde- como medio expedito para lograr el derrocamiento del gobierno o la modificación o supresión del régimen constitucional o legal vigente, en consecuencia, los móviles que caracterizan esta actividad comportamental delincencial son siempre político y de interés común en procura de un replanteamiento de las condiciones de vida de acuerdo a la concepción del movimiento insurgente.

Ahora bien, cabe distinguir como terrorista a aquél que mediante la ejecución de actos de ferocidad y barbarie siembra en la población o en un sector de la comunidad un estado de terror, zozobra, pavor o pánico, inseguridad, intranquilidad e inestabilidad sociales, pone en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o sus bienes, o los de la comunidad, sojuzgando la voluntad no sólo de quienes directamente padecen sus consecuencias, sino de toda la población a la cual van dirigidos sus efectos” Cfr. SALA DE CASACIÓN PENAL, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 11 de 2002. Radicación 19441. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.

El primer objeto del análisis dogmático del tipo es el de su clasificación como: a) tipo penal de mera conducta, esto es que la conducta penal se perfecciona con el solo despliegue de los actos tendientes a la consecución del fin de “derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”, y no es necesario que dicho objetivo sea efectivamente conseguido por los rebeldes, por lógicas razones; como lo anota PACHECO OSORIO “la ley no puede esperar, para reprimir el delito, la consumación del propósito de los rebeldes, por que al cumplirse este evento ella misma habría dejado de existir o sería impotente para la represión”⁸⁶

De la misma manera, el tipo penal es de peligro presunto, toda vez que de la interpretación del tipo no necesariamente se concluye que los actos desplegados por los rebeldes efectivamente lesionen el bien objeto de la tutela jurídico penal.

Otra de las clasificaciones en la que encuadra el tipo penal de la rebelión es la de un tipo de conducta instantánea. Esto significa que la acción con la cual se consume el punible se da en un solo momento, y no en varios, como en el caso de los delitos permanentes, cuya acción delictiva se prolonga voluntariamente por la acción de quien la comete.

Por último, el análisis sobre la clasificación del delito de rebelión muestra que es una figura penal mono-ofensiva, esto es, que con su comisión el bien jurídico lesionado es uno solo: el régimen constitucional o legal vigente. Según PACHECO OSORIO ello se interpreta así: “*La rebelión va siempre encaminada a derrocar el gobierno nacional o a cambiar o suspender el régimen constitucional o legal vigentes en sus fundamentos esenciales. Ella va dirigida, en último término, a hacer nugatorio o destruir el orden jurídico mediante el cual es posible sancionarla.*”⁸⁷

En cuanto al sujeto activo que descrito en la norma, hay que anotar que éste es indeterminado, esto es, que el delito lo puede cometer cualquier persona, sin que le sea exigida ninguna calificación especial, como la de funcionario público, o miembro de las fuerzas armadas, o algo similar. Adicionalmente, el tipo es de *coparticipación necesaria*, esto implica que el delito sólo puede ser cometido por una pluralidad de agentes, sin que sea dable predicar la calidad de rebelde sobre una persona que sin la compañía de otras ha intentado derrocar el gobierno o alterar el orden normativo del país con el uso de las armas.

Por su parte, el sujeto pasivo del actuar rebelde es el Estado, toda vez que la amenaza se dirige contra su existencia y organización.

La conducta exigida por el tipo penal se determina por el verbo rector “*pretender*”, y alude a lograr alguno de los siguientes efectos consagrados en la norma:

⁸⁶ PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 59.

⁸⁷ PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 59.

- Derrocar el gobierno nacional: “deponer, destituir o cambiar el gobierno legítimamente constituido”⁸⁸. El término *gobierno* está delimitado en su alcance por el artículo 115 de la Constitución Nacional, y en él se incluyen el presidente de la república, sus ministros y los jefes de departamentos administrativos.
- Suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente: con ello se entiende que el rebelde debe buscar cambiar o dejar sin efectos las normas constitucionales o legales establecidas.

El verbo rector o conducta descrita en el tipo penal tiene un complemento descriptivo, esto es, en la descripción típica se contienen los medios que habrá de usar el delincuente para cometer el ilícito: ellos son el uso de las armas. Sin embargo, el texto no menciona que tipo de armas habrán de usarse para ello, así como tampoco el número ni la calidad de ellas. Aún así, es de entender que ellas habrán de ser de tal calidad que resulten idóneas para poner en entredicho la fuerza del aparato militar legal para defender el objeto atacado por los insurrectos. SOLER⁸⁹ anota una cuestión importante frente a la posibilidad de que el gobierno nacional resulte derrocado sin que precisamente las armas deban ser usadas, como en el caso de una rebelión llevada a cabo por oficiales de las fuerzas armadas: “basta que haya alzamiento armado, el cual puede asumir formas externamente tranquilas cuando es ejecutado por medio de la conocida técnica de la rebelión militar. La imposición armada de un grupo de oficiales para deponer a las autoridades constituidas es rebelión, aunque tenga lugar a puertas cerradas”.

Como complemento subjetivo del tipo tenemos la exigencia hecha por el tipo penal respecto a la voluntad con que debe obrar el agente, la de derrocar el gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.⁹⁰

2.9 LA COMPLEJIDAD FÁCTICA DEL DELITO DE REBELIÓN. LA RAZÓN DE SER DE LA ABSORCIÓN.

Es decir que, en términos prácticos, no se puede concebir en el mundo de lo posible, una rebelión en la que no se tenga que cometer otros delitos, V.gr: homicidio (art. 103 C.P.), hurto (art. 239 C.P.), porte ilegal de armas (art. 365 Y 366 C.P.), incendio (art. 350 C.P.), lesiones personales (art. 111 y ss. C.P.), apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (art. 173 C.P.) etc,

⁸⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Op., cit.

⁸⁹ En: PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 59.

⁹⁰ PABÓN PARRA explica que para efectos de interpretar el alcance del objeto sobre el cual recae la protección de la norma penal, el régimen constitucional cuya estabilidad y vigencia se tutela, debe entenderse como la “*normatividad fundamental que consagra los principios esenciales de un sistema de organización estatal, y a la cual se subordina todo el restante ordenamiento jurídico.*” PABON PARRA, Pedro Alfonso. Op. cit., pág. 1437.

Esta “naturaleza compleja” de la rebelión es la que en cierta forma obliga a que su punibilidad se limite a la sola conducta de alzarse en armas contra el Gobierno, o su orden constitucional o legal, omitiéndose una sanción adicional por los demás delitos que se cometen para poder llevarla a cabo. Esto es, que al entenderse los “delitos medio” como inescindibles de la rebelión propiamente dicha, el castigo penal por ambas conductas por separado sin atender a la finalidad de los medios para con los objetivos, constituye una violación del “non bis in idem” en contra del procesado.

Es así como se entendía, y por ello se mantuvo en la legislación colombiana hasta la vigencia del art. 127 del decreto 100 de 1980 (código penal anterior a la ley 599 de 2000 que rige actualmente), en la que se excluía de pena a los rebeldes por aquellos delitos cometidos en combate.

Efectivamente, el artículo aludido del anterior código penal decía:

" Artículo 127: Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo".

En términos de la práctica judicial, lo anterior implica que si el “Sr. X” –rebelde-, en desarrollo de su actuar revolucionario cometía V.gr: homicidio, lesiones personales, incendio, injuria, hurto y falsedad en documentos públicos o privados, la pena imponible a su actuación sería únicamente la del delito de rebelión simplemente. Misma que, actualmente, según la regulación de la ley 599 de 2000, aún vigente, podría ser de seis a nueve años de prisión y multa de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con el aumento de penas que trajo la ley 890 de 2004.

Sin embargo, se aclara que la interpretación de la norma obligaba a aplicar esa “exoneración de pena” por los delitos conexos cometidos por el rebelde, sólo si ellos se cometían en medio de un combate, no así si eran cometidos por fuera de un enfrentamiento armado entre los rebeldes y las fuerzas legítimas del Estado.⁹¹ De la misma manera tampoco se comprendían dentro de los delitos susceptibles de ser exonerados de pena aquellos que emanaran de graves atentados contra el derecho internacional humanitario, representados mediante la figura típica de actos de “ferocidad, barbarie o terrorismo.”

⁹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Septiembre 20 de 1988. Acta No. 59. M.P. Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS. “*Todos aquellos delitos consumados por los rebeldes fuera de combate, no quedan impunes y colocan al juzgador en presencia de un concurso heterogéneo de hechos punibles conexos entre sí, sin que pueda considerárseles como parte de la conducta que tipifica el delito de rebelión.*” Se aclara, nuevamente esta interpretación de la Corte está hecha al tenor de lo que disponía el artículo 127 del Decreto 100 de 1980 declarado inexecutable, el cual condicionaba la exclusión de pena a los delitos “cometidos en combate”, sin que la Corte entre a hacer consideraciones ontológicas adicionales sobre la necesidad de cometer otros delitos fuera de combate para llevar a cabo la finalidad rebelde.

Al margen de la consideración meramente aritmética acerca de la pena que le sería imponible a nuestro rebelde “Sr. X” según el Decreto 100 de 1980 o la ley 599 de 2000 con su respectivo incremento de penas mediante la ley 890 de 2004, si se acoge el criterio de la acumulación jurídica de penas o el de la suma aritmética de ellas, salta de bulto que la aplicación del art. 127 del Decreto 100 resulta más favorable, lo que, sin duda hace pensar que se está frente a la aplicación benigna de la pena a favor del delincuente político, ampliamente defendida durante la historia.

Se aclara que dicha punibilidad para este delito se mantuvo hasta la vigencia del anterior código penal (Decreto 100 de 1980), o mejor, hasta que su art. 127 se mantuvo vigente dentro del ordenamiento jurídico nacional, lo cual dejó de ser así gracias a la sentencia C – 456 de Septiembre 23 de 1997 que lo declaró inexecutable. Pero esta providencia de la Corte Constitucional y sus alcances serán analizados en un acápite propio destinado a ello, dado que la dificultad que generó con la decisión tomada –y de igual manera con sus considerandos-, es el objeto principal de estas líneas.

RAMELLI explica el fenómeno a que daba lugar el artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

“En tal sentido, resulta necesario precisar que, el legislador colombiano de 1980 se había limitado a consagrar en el título II, ‘De los delitos contra el régimen constitucional’, del Código Penal una norma que prescribía la extinción de pena para ‘los rebeldes o sediciosos [...] por hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo’. La Corte Constitucional, en sentencia del 23 de Septiembre de 1997, modificando la jurisprudencia que al respecto había sentado la Sala Plena de la Corte Suprema en su sentencia del 10 de febrero de 1983, declaró inexecutable esta norma legal, cuya aplicación práctica conducía a que todos los delitos comunes cometidos por los insurgentes durante un combate, con exclusión de los actos de ‘ferocidad, barbarie o terrorismo’, quedasen subsumidos en los tipos penales de rebelión o sedición. En otros términos, el subversivo que hubiese cometido delitos comunes (V.gr., homicidio, lesiones personales, hurto, etc) conexos con la realización de un delito político (rebelión, sedición o asonada) únicamente era sancionado por la comisión de estos últimos, a condición de que los delitos conexos no constituyesen ‘actos de ferocidad, barbarie o terrorismo’.”⁹²

2.10 LA REBELIÓN Y EL GARANTISMO.

Uno de los supuestos del actuar rebelde es la posibilidad de apartarse moralmente de los contenidos de la ley, lo que a su vez deviene del postulado garantista de

⁹² RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op. cit. Pág. 449.

separación entre el derecho y la moral, con la consecuente tesis de que para los ciudadanos la obligación frente a la ley, es *solamente* de obediencia, mas no se extiende a compartir los valores que la informan. Una tesis contraria, esto es, aquella que sostenga que el ciudadano está obligado a compartir los contenidos axiológicos del ordenamiento jurídico del que es súbdito caería en una posición totalitaria de prevalencia de los intereses de estado sobre la autonomía de la moral, reduciendo la dignidad del ser humano a su mínima expresión.

Si por algunas teorías se sostiene que la existencia y prevalencia de cualquier estado depende por lo menos de un mínimo de aceptación moral del ordenamiento jurídico que lo sostiene, ello no es más que un presupuesto de hecho de su existencia, mas no una obligación moral que se pueda imponer a todos los ciudadanos. De hecho, nadie niega que habrá quienes profesen una aceptación acrítica del ordenamiento jurídico en su conjunto, pensando que es el mejor que existe y que merece su obediencia, sin embargo, de ello no se sigue que efectivamente ese grupo, que puede ser mayoría, deba ser la totalidad de los ciudadanos, toda vez que la realidad indica que siempre hay motivos de discrepancia, que terminan agrupando individuos rebeldes que luchan con la finalidad de hacer jurídicas sus propias valoraciones morales.

De esto se sigue que la aceptación moral al modelo democrático no se impone apriorísticamente, puesto que no puede pensarse en una legitimación de esta forma de gobierno en abstracto y *a priori*, sino sólo en forma contingente, y *a posteriori*, toda vez que, como se ha dicho desde la teoría del garantismo, la legitimidad del modelo democrático sólo depende de su capacidad para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, lo cual se relaciona con las garantías que el ordenamiento jurídico brinda para ello.

Esta situación nos lleva a considerar el problema de poder que subyace en el delito de rebelión. El hecho de que un sujeto que empuña las armas contra el estado se constituya en un *delincuente político* o en un *héroe* depende del simple hecho de que gane la batalla contra su enemigo⁹³. En efecto, así lo entiende el maestro PACHECO OSORIO cuando afirma:

“En la práctica, la noción del delito político y los fundamentos que se alegan para reprimirlo, son todavía más deleznable, pues sus autores sólo serán tenidos como delincuentes cuando no logren derrocar el orden jurídico existente. Si obtienen éxito en su empresa, lo cual no siempre está sujeto, desde luego, a razones de moral, de

⁹³ “Todos éstos, en efecto, son presupuestos de hecho y no valores, y sólo en virtud de una falacia naturalista se puede deducir que ‘deben ser’ cumplidos por todos. Mejor dicho, éstos son valores –incondicionados o condicionados, absolutos o relativos- sólo para quien los comparte, y acaso para la mayoría, pero no ciertamente para todos: no lo son, por ejemplo, para las minorías revolucionarias, que comparten valores precisamente contrarios. Y si después estas minorías llegan a ser mayorías, puede incluso suceder que el ordenamiento deje de regir, pero también esto será un hecho, no un des-valor, y será quizá considerado como un bien o un valor por la nueva mayoría.” En: FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit., págs. 928, 929.

*justicia, ni siquiera de mayoría, pasan a la categoría de próceres, de heroicos salvadores de la patria. Si son, en cambio, vencidos, sobre ellos caerá todo el peso de la ley penal. Su sanción, pues depende en grado sumo de la suerte y del éxito. De ahí que se afirme con acierto que los delitos políticos son los delitos de los derrotados*⁹⁴

Sin embargo, la circunstancia de que en últimas el castigo del rebelde dependa del hecho -de poder- de cuál de los enemigos logra superponerse al otro, no implica que el estado, legítima o ilegítimamente constituido, pero en todo caso vigente, pierda su capacidad para castigarlo. La posibilidad de que ese estado sea considerado como ilegítimo –caso en el cual tendrá un grupo rebelde actuando en su contra- o legítimo, nos hace pensar en que la facultad de castigar a quienes se sublevan contra él es más un hecho derivado del ejercicio fáctico del poder político, que un *derecho* o una prerrogativa moralmente defendible que se deba atribuir al Estado.

Esto indica también que, tal como lo han consagrado muchas normas en la historia jurídica mundial, la resistencia contra el orden jurídico que los ciudadanos consideran injusto –se reitera, desde sus propias valoraciones morales personales-, sea considerado un *derecho*, e incluso, muchas veces más que eso, todavía un deber.⁹⁵ Estas normas, no reproducidas en los ordenamientos jurídicos modernos por suponer *ab initio* la efectividad de las garantías consagradas en la ley para el goce de los derechos ciudadanos, suponen una forma de realización del paradigma garantista que separa el ser del deber ser del derecho, toda vez que permiten analizar como fuente de legitimación del sistema, la eficacia de sus normas, antes que sólo su consagración formal.

Esta figura de la resistencia es, en últimas, sólo una de las dos tradiciones históricas entre las cuales ha oscilado la concepción del delito político. Expuesta como quedó, la resistencia es trasunto de un supuesto *derecho natural* de los grupos sociales a resistirse al orden jurídico injusto, al “*ejercicio abusivo y tiránico del poder estatal*”⁹⁶, que es herencia de las doctrinas iusnaturalistas que veían ilegítimo el derecho que no se avenía a los contenidos de su moral religiosa. Incluso, esta posición vino a ser reforzada por las mismas teorías de Santo Tomás de Aquino, cuando defendió la desobediencia de las leyes injustas, se consolidó gracias al contractualismo de LOCKE y ROUSSEAU, en la edad media, para luego pasar finalmente a quedar consagradas como normas jurídicas en Constituciones del S. XVIII y de la segunda postguerra.

⁹⁴ PACHECO OSORIO, Pedro. Op. cit., pág. 13.

⁹⁵ “Cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos fines, la mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público” Declaración de derechos de Virginia, artículo 3. “En todo gobierno libre, los hombres deben tener un medio legal para resistir a la opresión, y, cuando este medio sea impotente, la insurrección es el más santo de los deberes.” Constitución Francesa de 1773, artículo 29.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit., pág. 809.

Mientras que la otra tradición, abiertamente opuesta a la anterior es la de las “razones de estado”, las cuales se fundan en la defensa a ultranza del establecimiento como fundamento y fin de sí mismo; como bien objeto de tutela jurídico penal sin importar el tipo de Estado que sea, o la conformidad que con él guarden los ciudadanos. El concepto de “razones de estado” es relativamente reciente, data de las posiciones políticas absolutistas del S. XVI en adelante, y a pesar de que el término con el que se denota no ha sido usado explícitamente en todos los tratados que se nutren de él, se encuentra presente en textos como “El Príncipe” de Nicolás Maquiavelo, las obras de Juan Bodino, Hegel y Carl Schmitt. Y frente al tema del delincuente político, todos ellos coinciden en su visión frente a él como “la piedra en el zapato”, el que hay que aniquilar, propugnan por su eliminación física por tener la finalidad de atentar contra el objeto intangible “el Estado”. De ahí que en la lucha contra él se estructure todo un aparato inspirado en el derecho penal de enemigo.⁹⁷

Ambas posiciones, como claramente lo muestra FERRAJOLI⁹⁸, tienen un aspecto moral y otro que no lo es tanto, puesto que la primera de ellas busca la resistencia a los mandatos del estado por motivos axiológicos, mientras que no muestra reparos en los medios que utiliza para sus fines, haciendo posible el uso de los más disímiles medios inmorales e ilegales para conseguirlos. Por su parte, las teorías inspiradas en “razones de estado” desarrollan su cometido con la finalidad igualmente ética de defender un Estado que consideran no debe ser objeto de ataques, para cuya finalidad tampoco hacen reparos en el tipo de medios que deban usar. Lo curioso de ambas posiciones es que en muchos ordenamientos jurídicos modernos se encuentran consagradas figuras que revelan ambas posiciones a la vez, como por ejemplo en la Constitución de la que fuera la Alemania Federal, cuyo texto consagraba tanto el derecho de resistencia, como la intangibilidad del orden “democrático y liberal”.

2.11 UNA ACLARACIÓN DE FIGURAS NECESARIA. EL CONCURSO DE TIPOS - LA CONEXIDAD.

En estas líneas han sido de común uso términos como exoneración de pena y subsunción. Sin embargo, hay que mencionar que su aplicación obedece a figuras técnicas del derecho penal sustancial que es necesario analizar.

La primera de ellas es el Concurso de Tipos, cuyo concepto alude a la comisión por parte de una o varias personas, con una o varias acciones, de dos o más delitos que son valorados conjuntamente en el mismo proceso.

Para que se verifique la existencia de un concurso de tipos, es primeramente necesario que haya una adecuación típica plural, esto es, que se pueda predicar que la conducta humana encuadre en varios tipos penales a la vez.

⁹⁷ Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. cit., pág. 811.

Por oposición al concurso de delitos, tenemos la figura de la unidad delictiva, cuya existencia pende de que la acción desplegada por el sujeto o sujetos que actúan en coparticipación, se adecúe a una sola figura típica delictiva; o que corresponda a varias figuras que se excluyen entre sí según las reglas que se explicarán más adelante.

La primera gran clasificación del concurso de tipos se da entre los denominados real y aparente, los cuales se pueden explicar así respectivamente: el primero de ellos ocurre cuando no se pueden aplicar las reglas que rompen el concurso, y por lo tanto la conclusión obligada será la aplicación de todos los tipos penales; a su vez, éste se subdivide en concurso ideal, material y continuado. Mientras que el segundo de ellos supone el evento en el que las varias adecuaciones típicas hechas a la conducta se excluyen entre sí, por lo cual la doctrina coincide en afirmar que en estricto sentido no es un concurso de tipos, sino sólo un conjunto de posibilidades en las cuales se excluye el concurso ideal o material.

De la misma manera, otra clasificación doctrinaria existente es la que divide el concurso entre homogéneo y heterogéneo, y ello depende de que las varias adecuaciones típicas que se pueden hacer a un hecho sean, respecto del mismo tipo penal (concurso homogéneo) o respecto de tipos penales diferentes (concurso heterogéneo).

Existe también otra clasificación, entre los denominados concurso sucesivo y simultáneo, cuya existencia depende de que el o los hechos de los que se predica la adecuación pluritípica, se hayan ejecutado en una sucesión temporal (concurso sucesivo) o en un solo comportamiento (concurso simultáneo).

Por su parte, el concurso ideal se da, según lo preceptúa el artículo 31 del Código Penal cuando una sola conducta encuadra en diferentes tipos penales, y frente a ello no hay lugar a aplicar ninguna de las reglas que rompen el concurso. Como requisitos para que se presente esta forma concursal se tiene que i) debe haber unidad de sujeto, esto es que la conducta la cometa una sola persona, o varias en coparticipación; ii) debe tratarse de un hecho humano cuyo tratamiento corresponda al derecho penal; iii) ese mismo hecho encuadre en varios tipos penales que extiendan su protección a diferentes bienes jurídicos; y iv) finalmente se exige que las diferentes adecuaciones típicas hechas a la conducta no se excluyan entre sí mediante las reglas correspondientes. Doctrinariamente se está de acuerdo en que la única hipótesis real en la que el concurso ideal se puede verificar está en el caso en que un padre abuse sexualmente de su hija, lo cual permite predicar de ese hecho, simultáneamente la tipicidad frente al acceso carnal violento y el incesto.

Frente al concurso material hay que mencionar lo siguiente: es una figura de aplicación cuando con varios actos llevados a cabo por un mismo sujeto, se incurre en la comisión de varios tipos penales, que puede ser el mismo varias veces, o diferentes de ellos. Y también se da cuando un solo acto encuadra varias

veces en el mismo tipo penal. Para que se pueda hablar de la existencia de esta figura tienen que concurrir los siguientes presupuestos: i) el comportamiento sea desplegado por un solo sujeto activo, o por varios en coparticipación, ii) unidad o pluralidad de actos, anotando que si el comportamiento es uno, las varias adecuaciones típicas deben ser homogéneas, por que si son heterogéneas la forma de concurso existente es la ideal. Por su parte, si hay varios comportamientos, la tipicidad puede predicarse en forma homogénea u heterogénea indistintamente, sin que se altere la aplicación del concurso material, iii) los tipos en los que se adecúen las conductas deben ser varios, o el mismo varias veces; iv) los tipos en los que encuadran las conductas deben observarse obligatoriamente, sin que se puedan aplicar las reglas que rompen el concurso, pues ellos no se excluyen entre si.

Analizadas las diferentes posibilidades de concurso de tipos penales, se procede a hacer el obligado análisis sobre las implicaciones que cada uno de ellos tiene en la dosificación punitiva, valiéndonos para ello, de las diferentes técnicas que doctrinariamente han sido elaboradas para la solución del problema.

La primera de ellas es la de la *absorción*, cuya consecuencia es que **sólo** se impone la pena mayor entre todas las que corresponden a las figuras típicas a aplicar, siendo las demás figuras sólo de utilidad para agravar la pena a imponer, pero se aclara, sin salirse en el análisis, de la pena mayor a imponer entre todos los tipos infringidos. De esta forma de punición podemos extraer que corresponde a una de las dos posiciones opuestas frente al concurso, esto es, a la menos severa, que desde una vertiente positivista, sostiene que deben primar los fines de resocialización y rehabilitación de la pena, por lo cual no se puede dar curso a una “suma de penas”, toda vez que ella resulta muy severa y contraría las posibilidades de reinsertarse en sociedad del delincuente.

Seguidamente encontramos la *acumulación material o matemática*, la cual se limita a sumar las penas a imponer por cada uno de los delitos cometidos, lo que sin duda da igual que si la ley no tuviera ningún dispositivo especial para tratar el concurso. Esta tesis, por oposición a la que respalda el método anterior, es la que sostiene que el ser humano debe responder individualmente por cada ilícito cometido, sin que haya lugar a tratar benignamente las varias violaciones a la norma penal en que puede incurrir una persona, lo cual en lugar de desestimular la delincuencia, beneficia la comisión de ilícitos varios por un mismo agente.

También está la *combinación de penas*, cuya esencia consiste en tomar la pena más grave de todas aquellas que corresponden a los distintos tipos vulnerados, y aumentarla en la proporción señalada en la ley.

Finalmente cabe mencionar que nuestro sistema penal prevé la adopción de la primera y última formas de punibilidad, esto es, aquella de la absorción y la combinación de penas, descartando la aplicación de la acumulación matemática.

Tema íntimamente relacionado con el concurso, es el de la CONEXIDAD, cuya existencia se verifica dentro de la presencia de un concurso material o ideal, y alude al vínculo, de tipo objetivo, subjetivo, jurídico, ocasional o de medio a fin que une a varios delitos. La escuela clásica propugnaba por que en presencia de la conexidad entre tipos penales, la pena a aplicar fuera solamente aquella que corresponde al tipo penal final, esto es al último ilícito que llevó a la comisión de sus antecesores necesarios, y la aplicación del criterio opuesto daría lugar a la judicialización múltiple de un mismo hecho.

Sin embargo, la posición de PABÓN PARRA⁹⁹ aclara que frente al juicio de responsabilidad, el debate sobre la intención del agente para cometer un tipo penal conexo a otro no debe darse en sede de tipicidad, toda vez que aquí solamente se trata de verificar la existencia de diversos tipos penales, sin que se entre a analizar desde esta instancia la finalidad (aspecto subjetivo) de quien comete los diversos actos conexos y que dan lugar a un concurso de tipos.

De esta posición hay que aclarar que no toma en cuenta los postulados de la escuela finalista, al pasar por alto que no hay acciones humanas existentes en el mundo que sean ciegas, esto es, toda acción desplegada por una persona tiene una finalidad, y esa es la forma en que el tipo penal debe recogerla del mundo real y consignarla en su texto. La conclusión obligada para esta forma de ver la tipicidad es que la voluntad del sujeto activo de la conducta se analiza desde la tipicidad misma, para concluir con un juicio negativo que obstruya el análisis de los demás compartimentos de la responsabilidad penal si no se demuestra la voluntad final del agente para cometer el tipo penal.¹⁰⁰

He aquí un punto fundamental que remite directamente a la solución que busca este trabajo. Frente a la posición del mencionado tratadista hay que manifestar nuestra parcial oposición, en atención sólo al objeto específico de este trabajo, que es el delito de rebelión, y que por su naturaleza única merece especial atención. En efecto, la posición de PABÓN PARRA, y más genéricamente de quienes la comparten, no puede ser aplicable sino a delitos diferentes a la mencionada rebelión.¹⁰¹

Lo anterior lo sostenemos con fundamento en que si bien puede hablarse de una *política legislativa* valorativamente adecuada de la cual se siga como

⁹⁹ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Op. cit., pág. 248.

¹⁰⁰ Cfr. WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. PARTE GENERAL. Trad. de: BUSTOS RAMIREZ, Juan y YÁÑEZ PEREZ, Sergio. 11ª Edición. Ediciones Jurídicas del Sur. Chile. 1980. 378 págs. Anota el profesor alemán que no hay acción humana que sea solamente causal, sin que su realización esté antecedida por la voluntad de su autor para llevarla a algún fin, gracias al saber "causal" que tiene por su experiencia, y que le permite prever las consecuencias de sus acciones, dentro de ciertos límites. "La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final." Op. cit., pág. 59.

¹⁰¹ Para no abarcar un objeto investigativo disímil, omitimos la consideración de esta idea también respecto de los otros delitos contra el régimen constitucional o legal, como son la sedición y la asonada, puesto que estimamos que para ello también habría que partir de su análisis dogmático, mismo que en nuestro trabajo sólo se limita a la rebelión.

consecuencia la prohibición de dejar impunes actos delictivos que se han cometido para cometer a su vez otros actos delictivos, ello no necesariamente aplica para nuestro caso. En efecto, la sociedad puede considerar, a través de sus representantes en el parlamento que es inadecuado exonerar, v.gr: a quien para cometer un hurto, también comete un homicidio en la víctima, dada la resistencia que ésta opone. Consideramos esto al margen del aspecto axiológico de esta posición, pues ella bien puede ser correcta o incorrecta si se tiene en cuenta que en estricto sentido la comisión de un punible no es causal de justificación de otro (como en el ejemplo propuesto, en el que la ley no da a quien hurta ningún amparo para que lo haga a través cualquier medio, incluso ilegal), así como tampoco, en el plano de los hechos, tampoco resulta necesaria la comisión de uno de los punibles para la realización del otro, toda vez que no quedan ligados por un vínculo de medio a fin necesario e imperioso.

En cuanto a lo que nos ocupa, consideramos que frente a un objeto de especial atención como es el delito de rebelión, esta posición debería ser distinta, toda vez que no toma en cuenta, rememrando los postulados de la escuela finalista, que éste, sin la comisión de otros punibles, queda sin ningún contenido. En efecto, en casos como el ejemplificado de aquél que mata para poder hurtar, el agente bien puede buscar la comisión del hurto sin el homicidio, por lo cual se expuso que ambas conductas no tienen un vínculo de medio a fin necesario e imperioso. Sin embargo, ello no aplica para el delito de rebelión, que, desprovisto de otros ilícitos, deja a quien pretende cometerlo sin ningún medio idóneo para lograr su cometido, lo cual convierte al rebelde en ejecutor de acciones inanes frente a su objetivo, si se acoge a esta posición.

Por esta vía entonces, debemos considerar que la conexidad sí debe tenerse en cuenta al analizar el concurso de tipos penales cuando se trata de calificar la existencia del delito de rebelión, puesto que éste supone *necesariamente la existencia de* aquella figura concursal. Añadimos a ello que, como hemos expuesto, también por aplicación de la teoría del finalismo, los móviles que inspiraron la comisión del ilícito, deben valorarse desde el juicio de tipicidad, y no abandonarlo al acápite de la culpabilidad, puesto que ello puede dar lugar a importantes consecuencias frente a la libertad del procesado.

Como conclusión provisional de este acápite hay que decir, con relación a nuestro objeto de estudio (la rebelión), que por su especial naturaleza, no hay delito de rebelión sin otros delitos que lo respalden, motivo por el cual la figura del concurso de tipos es importante desde el mismo momento de calificar su existencia, anotando que si bien para el concurso entre cualquier otro tipo de figuras típicas es de aplicación la figura de la conexidad sin que ello altere la punición aplicable según el sistema legal, la consecuencia frente a la rebelión es que el análisis de los delitos que le son conexos no sólo debe hacerse en la sede de la tipicidad, sino que también altera la existencia del concurso de tipos, puesto que no es posible predicar que éste existe sin que sea a través de otras figuras, por lo que no pueden ellas pensarse por separado, sino sólo aplicando la sanción de la figura

típica “rebelión” que las contiene, de lo contrario nos encontraríamos frente a la violación del *non bis in idem*.

La doctrina referencia la forma del concurso continuado¹⁰², el cual contiene una punición menor para aquél sujeto activo que, con unidad de propósito delictivo, infrinja varias veces el mismo tipo penal, mediante la realización de actos materialmente separables. En este caso no se castiga al individuo como si cometiese delitos diferentes, por ejemplo, quien en su calidad de empleado de un banco, hurta sistemáticamente y en momentos diferentes, varias cantidades de dinero con el mismo propósito de enriquecerse individualmente a costa del detrimento patrimonial de quien defrauda, es castigado solo por la comisión del delito de hurto, aplicando la figura del concurso continuado.

Lo que aquí se propone para penalizar el delito de rebelión es algo similar, con la variación de que para la realización del *único propósito criminal* que une a los rebeldes, las acciones que ellos realizan vulneran tipos penales diversos, lo cual debe considerarse al momento de fijarles la pena, toda vez que de lo contrario la finalidad delictiva se torna imposible. Es decir que nuestra tesis resulta muy similar al concepto de delito continuado, sólo aclarando que comporta la posibilidad de que exista una pluralidad heterogénea de adecuaciones típicas conexas entre sí mediante un vínculo de medio a fin¹⁰³.

Se ha hecho referencia a unas reglas que rompen el concurso de tipos, las cuales no deben dejar de explicarse en este punto, así como también dejar en claro que en estricto sentido, los contenidos de varias de ellas no son de aplicación para solucionar el problema que nos ocupa. Éstas tienen su razón de ser en la respuesta que la doctrina debe dar al problema de saber cuándo se está ante la presencia de un concurso de tipos penales, y cuando ello no es así atendiendo a que por fundamentación garantista, el sistema penal debe sancionar con una pena una conducta punible, y con varias penas, varias conductas punibles, todo con la finalidad de no vulnerar el principio del *non bis in idem*.

Como no toda adecuación típica en varios delitos supone la existencia del concurso, las reglas para establecerlo son las siguientes:

- Cláusula de reserva. Cuando en apariencia una conducta se puede encuadrar a la vez en dos o más tipos penales, la cláusula de reserva es la que salva el conflicto, pues una de aquellas mismas normas establece cual aplica prevalentemente. Ello se da a través de fórmulas como: “el que fuera de los casos previstos en el artículo anterior” o “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.” Se anota que no hay en el artículo

¹⁰² Cfr. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Op. cit., pág. 234 y ss.

¹⁰³ El vínculo de medio a fin es una de las formas en que la conexidad se manifiesta. Ella reconoce el fenómeno por el cual una conducta delictiva es el medio para preparar, facilitar o consumir otra. Para poder derrocar el gobierno nacional o modificar o suspender el régimen constitucional o legal vigentes, es *necesaria* la comisión de delitos como el homicidio, el porte ilegal de armas, el incendio, y otros. Las demás formas de conexidad existentes, como aquella por vínculo consecuencial, por vínculo ocasional o por vínculo jurídico no se examinan en este trabajo por no aplicar al fenómeno de la rebelión y sus delitos conexos.

contentivo del delito de rebelión ninguna de estas fórmulas, o similares, y tampoco en los demás delitos que pueden resultar conexos con éste por el vínculo de medio a fin.

- Principio de la especialidad. En virtud de esta regla, sólo es de aplicación aquella descripción típica que sea más rica en elementos descriptivos de la conducta, desplazando la aplicación de aquella otra que no defina, v.gr: el objeto material, los sujetos, o elementos normativos que si contiene la primera. Hay que agregar que el delito de rebelión no es menos rico en lo descriptivo que aquellas otras figuras que describen los demás actos que en el mundo real –no en el mundo jurídico- son necesarios para que el primero se lleve a cabo. Ello no hace de aplicación esta regla.
- Principio de la subsidiariedad. Para la aplicación de esta regla es necesario que la acción a reprimir encuadre en un tipo penal de forma preferente. Esto es, no perfeccionando otro u otros tipos penales. La fórmula de aplicación de este principio se da en la mayoría de los casos cuando la misma ley contiene cláusulas de reserva; por ello valen frente a esta regla las mismas consideraciones hechas para estas últimas.
- Principio de la absorción. La aplicación de esta regla obliga a sancionar una conducta que encuadre en varios tipos penales, únicamente con la pena de aquél que absorba en forma integral los elementos integrantes de los demás tipos. La doctrina también alude a otra especie de caso en el cual es aplicable la absorción, se trata de aquellos tipos penales que “si bien protegen intereses jurídicos diferentes, la afectación del primero es condición necesaria para la vulneración del segundo”¹⁰⁴, anotando aquí que frente a la verificación del concurso, habrá de darse aplicación sólo a la norma que protege el segundo resultado. Esta hipótesis doctrinal podría ser el sustento suficiente para dar una solución a la laguna que dejó la sentencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, no creemos que sea suficiente un argumento doctrinario para contradecir un mandato jurídico del Tribunal, por lo cual preferimos, sin menospreciar su utilidad, hacer las consideraciones que siguen en el siguiente acápite, para añadir un argumento adicional a este, con el debido sustento a nivel constitucional y recopilando lo pertinente de todo el trasegar de este trabajo.

Como vemos, la garantía constitucional ¹⁰⁵a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho tiene varias reglas que la desarrollan frente a una eventual violación por apreciar erróneamente un concurso de tipos penales. Sin embargo, la mayoría de ellas no aplica al caso especial de la rebelión, motivo por el que es de imperiosa necesidad hacer las consideraciones contenidas en el siguiente capítulo para mostrar la necesidad de la aplicación directa del principio constitucional del *non bis in idem*.

¹⁰⁴ Cfr. PABON PARRA, Pedro Alfonso. Op. cit., pág. 252.

¹⁰⁵ Cfr. artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

3. LA SENTENCIA C – 456 DE 1997, SUS IMPLICACIONES EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL Y PROPUESTA DEL AUTOR

“Dura lex, sed lex.”¹⁰⁶

3.1 LA SENTENCIA C – 456 DE 1997.

Como primer comentario a este acápite, hay que aclarar que el análisis de esta precisa sentencia de la Corte Constitucional no entraña en manera alguna un intento por desprestigiar sus valiosas posiciones garantistas y pro derechos prestacionales a lo largo de toda su actividad judicial¹⁰⁷. Sin embargo, aprovechando en cierta manera las ventajas de la academia sobre los actos de poder¹⁰⁸ ese capítulo busca poner en evidencia que no todas las posiciones de la Corte han resultado igualmente ventajosas para la garantía de los derechos de los asociados, y en específico, no siempre para los principios de estricta legalidad o de lesividad.¹⁰⁹

El caso de la sentencia que se comenta es particularmente álgido por las consecuencias que genera para el tratamiento punitivo del delito de rebelión en nuestro país. En efecto, luego de una tradición jurídica de corte liberal, heredera de toda la filosofía iluminista que impulsó las revoluciones liberales y que veía

¹⁰⁶ “Dura es la ley, pero es la ley.”

¹⁰⁷ A lo largo de varias sentencias la Corte ha mantenido una posición garantista a favor de diferentes derechos, no solo de los de libertad propios de ser tutelados contra el ejercicio del derecho penal, sino que también ha hecho valer el garantismo en otras áreas del derecho. V.gr: sentencia C-221 de 1994 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ con cuya ponencia se despenalizó el uso de la dosis personal de droga en Colombia. Sentencia C-239 de 1997 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, por medio de la cual se despenalizó el la ayuda médica para terminar la vida del paciente terminal que así lo solicita. Sentencia C-430 de 1996 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, por medio de la cual se declaró inconstitucional la negación legislativa de otorgar un subrogado penal a un ilícito de hurto como contravención policiva, cuando dicha gracia si le había sido concedida a la misma conducta considerada no como contravención sino como delito. Sentencia T-118 de 1993 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, por medio de la cual la Corte negó que estuviera bien sancionada con expulsión una conducta menor desplegada por un seminarista, la cual no afectó en mayor medida el orden de la Institución. Sentencia C-371 de 1994 M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, en la cual se declaró que la facultad sancionatoria de los padres a los hijos debe ejercerse proporcionalmente a la falta y excluyendo la violencia física. Sentencia C-299 de 1998 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, mediante la que la Corte declaró que la facultad del empleador de dar por terminada la relación laboral con el trabajador con justa causa sólo podía ejercerse si se surte “un procedimiento previo que garantice al trabajador su derecho de defensa, y así se evita que la norma sea utilizada como un acto injustificado e irrazonable.”

¹⁰⁸ Nos referimos a que no es objeto de discusión la obligatoriedad jurídica de la Sentencia proferida por la Corte Constitucional para todos los ciudadanos. Sin embargo, ello no implica que nos veamos compelidos a compartir la posición política que ella comporta, así como tampoco su lógica jurídica, mismas que son objeto de crítica en este trabajo.

¹⁰⁹ En otras palabras, en este tema la Corte Constitucional sí que ha dado verdaderos tumbos, ampliando garantías por un lado, y por el otro exponiendo posiciones netamente decisionistas o autoritarias, propias de un juez dispuesto a la defensa de un *orden objetivo de valores* contenido en la Constitución. En palabras del profesor TULLIO ELÍ CHINCHILLA: “*En resumen la Corte intenta hacer algo parecido a lo que canónicamente leemos como garantismo en la obra de LUIGI FERRAJOLI, pero lo hace con carencia de fundamento teórico y con dudosa coherencia.*” Y prueba de ello es su posición de que la expedición de las leyes penales no requiere un trámite reforzado en el congreso a través de una ley estatutaria, a pesar de tratarse de un tema que involucra claramente a la libertad individual, sino que, por el contrario, solo requiere de una ley ordinaria, con lo cual se simplifican las cosas para un congreso acostumbrado a modificar normas penales sin una política criminal definida.

como legítimo el derecho de resistencia, nuestra legislación y jurisprudencia habían mantenido la posición de un trato punitivo benigno al delincuente político, teniendo en cuenta sus especiales motivaciones de orden ético que le hacen sujeto de una tajante distinción respecto del delincuente común.

Sin embargo, a pesar de toda esa tradición cargada de altos valores políticos, la Corte Constitucional profirió la polémica sentencia C-456 de 1997, cuyas consecuencias se exponen en este acápite.¹¹⁰

En vigencia del anterior código penal (Decreto 100 de 1980), y por ende, de su art. 127¹¹¹, la situación para el procesado por rebelión era conforme al tratamiento punitivo benigno que, según la doctrina sobre el tema, merece la antedicha forma delictiva, esa punición atenuada se dejó explicada en el capítulo anterior, mostrando el alcance de la norma, y por ello no se ve la necesidad de reiterar o hacer nuevos comentarios frente al tema.

Tras la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano HAROLD BEDOYA PIZARRO, la Corte Constitucional profirió una sentencia en la que compartió los argumentos del demandante, considerando que tal artículo del código penal era violatorio del derecho a la vida de los militares que se enfrentaban a los insurgentes, puesto que el atentado contra la vida de que ellos podrían ser víctimas por parte de los segundos, quedaba sin respuesta por parte del Estado, desprotegiéndolos frente al actuar de los grupos alzados en armas al margen de la ley. Esto es, la norma se apreció como una grave violación contra los derechos fundamentales de los militares.

De la misma manera, consideró la Corte Constitucional que la situación que creaba tal norma era inaceptable en un Estado Social de Derecho, puesto que otorgaba a los rebeldes una amnistía general e incondicionada, cuyo otorgamiento no era una facultad jurisdiccional, sino, por el contrario, una facultad reservada al poder legislativo, tal como lo prevé el numeral 17 del art. 150 de la Constitución Nacional.

En efecto, la Corte Consideró que la existencia en el mundo jurídico nacional del artículo 127 del anterior código penal se equiparaba a una amnistía general, anticipada e intemporal, de cuya facultad para expedirla había usurpado el poder ejecutivo al legislativo, a través de la consagración de la norma en un decreto (Decreto Ley 100 de 1980), y no en una ley de la república expedida por el Congreso, lo cual era contrario a las competencias constitucionalmente otorgadas a este órgano de representación popular.

¹¹⁰ Al analizar la posición jurisprudencial de la Corte frente al delito político en general, JUAN FERNANDO REYES sostiene que esta particular decisión comporta un fuerte golpe al pluralismo democrático contenido en nuestra carta constitucional. Cfr: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 194.

¹¹¹ Que, como ya se mencionó, exoneraba de pena a los rebeldes por los delitos cometidos en combate.

Además, se agregó en la Sentencia de la Corte, que el derecho internacional no impedía que los estados persigan y castiguen a quienes atenten contra su propia existencia, siendo ello una facultad del legislador interno de cada país, dentro del margen legítimo de configuración legislativa que le asiste.

De la misma manera, uno de los argumentos más importantes que fue esbozado por la Corte es de índole eminentemente constitucional, ya que el tribunal acude a los principios y valores fundantes de nuestra Carta Política de 1991, específicamente a la paz, la democracia y la convivencia pacífica, los cuales consideró seriamente amenazados por una norma que, al no sancionar los delitos comunes cometidos en combate por los delincuentes políticos, terminaba avalando la lucha armada en el país, con la consecuente perturbación al orden público y a la paz de la nación.

Ello, con el agregado de que la Constitución de 1991 establece mecanismos de participación democrática que, -según el argumento de la sentencia- hacen todavía menos necesaria la lucha armada para conseguir objetivos políticos. Esta es una clara manifestación de la concepción que actualmente se abre paso en teorizaciones y posiciones filosóficas en torno a la democracia, según la cual la consagración formal en la ley de esta forma de gobierno, con sus correspondientes mecanismos de participación formalmente establecidos, sean estos directos o de tipo representativo, basta para deslegitimar cualquier intento de los particulares tendiente a obtener el poder o las reivindicaciones políticas que su ideario les prescriba, usando las vías de hecho.¹¹²

Finalmente, la sentencia de la Corte expuso que, a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad del mencionado artículo, el fondo del delito político en Colombia no quedaba desnaturalizado, toda vez que bien podía seguir surtiendo sus efectos al poder ser sujeto de amnistías o indultos, tal como lo prescribe la Constitución.¹¹³

¹¹² “Con el proceso de sacralización de la democracia que vienen predicando e imponiendo Europa y Estados Unidos, la supresión de esa categoría de delitos se ha convertido en doctrina que recogen sin crítica ni pudor quienes desde este mundo (¿el tercero?) al que pertenece nuestro país, proclaman que vivimos en una democracia cabal y que pretender cambiar (por la vía armada) este estado de cosas equivale a desconocer el contrato social (¡) que hemos suscrito (¡ah!, la utilidad pragmática de las ficciones), y que esa transgresión merece el más drástico reproche por parte de la ley penal.” GAVIRIA DIAZ, Carlos. “UNA CONTRADICCIÓN OFICIAL. El gobierno Uribe y el delito político”. documento de Internet. En: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/otroscolumnistas/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3685359.html

¹¹³ Y adicionalmente algunos tratadistas han sostenido que, lejos de recrudecer el conflicto armado interno, la decisión de la Corte beneficia un futuro proceso de paz al trasladar el debate al poder legislativo, en cuyo seno confluyen las distintas fuerzas democráticas representativas del conglomerado social, y a través del cual debe pasar la discusión sobre lo que es delito político y lo que es delito común. Esto, a los ojos del profesor RAMELLI, “refuerza la posición del ejecutivo” frente a los subversivos, dándole a éste un argumento de fuerza adicional frente a los grupos armados en una eventual negociación. Cfr. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op. cit., pág. 455, y OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 465. Sin embargo, lo que estos ilustres tratadistas parecen omitir, no sin que sea bastante curioso, es que con la posición de la Corte resulta vulnerado el principio del *non bis in idem* en los procesos penales contra los insurgentes, cuyo respeto *también vincula* el proceso adelantado en su contra, a pesar de ser miembros de “una guerrilla fuerte económica y militarmente, que ha logrado hacerse con el control de grandes extensiones del territorio nacional y que cada día influye con más fuerza en las decisiones de las autoridades públicas de numerosos municipios del país.” Además, dejan de valorar que ese argumento de éxito del derecho penal deviene eficientista, por que tal como se dejó en claro al analizar la teoría del Garantismo de FERRAJOLI, está fuera de los límites y fundamentos

Cabe anotar que dicha posición no fue compartida unánimemente por los magistrados de la Corte Constitucional, por que hubo quienes, en sentido contrario, consideraron que la posición jurídicamente correcta estaba en el lado opuesto al que finalmente se decidió y fue posición oficial en la sentencia. Es decir, los magistrados, CARLOS GAVIRIA DIAZ Y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO eran partidarios de la declaratoria de exequibilidad del artículo mencionado, en tanto consideraron que su vigencia era plenamente acorde con el texto constitucional, lo cual quedó plasmado en el salvamento de voto que para la plurimencionada sentencia elaboraron los dos juristas.

Algunos de los argumentos que los magistrados esbozaron para defender su posición de constitucionalidad fueron los siguientes:

- La específica complejidad fáctica que reviste la comisión de la conducta punible de rebelión. Es decir, no puede pensarse en que haya una rebelión sin delitos conexos que se cometan como medio para conseguir el fin. Por consiguiente, si se piensa en excluir los delitos medio (o conexos) del tratamiento punitivo benévolo que prescribe la Constitución Nacional para los delitos políticos, éstos últimos quedarían reducidos al delito de opinión, o lo que, para el caso da lo mismo, al delito imposible. En otras palabras, no se puede pensar en una rebelión orquestada para la toma del poder de un Estado sin que haya que cometer homicidios (art. 103 C.P.), lesiones personales (art. 111 y ss. C.P.), daños en bien ajeno (art. 265 C.P.), hurto (art. 239 y ss. C.P.), porte ilegal de armas (art. 365 y 366 C.P.), incendio (art. 350 C.P.), etc.
- Como consecuencia de lo anterior, se sostuvo que, la imposibilidad de que en la dinámica que supone un combate armado entre ejércitos que se disputan el dominio de un territorio, se pudiese determinar claramente quién es el responsable de qué hechos, y más concretamente de las agresiones contra la vida de los integrantes del ejército opositor. Esto es, si tratamos de ubicarnos en un escenario imaginario en el que visualizamos un enfrentamiento armado de estas características, podremos darnos cuenta de que pasados los acontecimientos violentos, no habrá posibilidad de obtener una investigación que lleve a imputar responsabilidades individuales por “x” o “y” baja o lesiones personales en el ejército opositor, así como tampoco por los daños de bienes ajenos, con un porcentaje aceptable de fiabilidad. Ello, no sobra aclararlo, no por motivos de incapacidad de los agentes del estado responsables de adelantar las

dados a la actividad judicial que están en la –posibilidad de– predicar verdad en sus aserciones, más no –sólo– en su eficacia para prevenir o finiquitar el actuar delictivo, aún a pesar del sacrificio de garantías fundamentales. Finalmente, tampoco toman en cuenta que, si bien lo deseable sería que el conflicto armado interno termine a través de una *negociación política* entre el ejecutivo y los dirigentes de las fuerzas subversivas, lo que sucederá en *sede judicial* mientras eso ocurre es la sistemática violación del *non bis in idem* del procesado; es decir, no es legítimo, no es éticamente correcto sacrificar las garantías procesales de una sola persona en aras de fortalecer al Estado como sujeto de una discusión política frente a su enemigo.

correspondientes diligencias de investigación, sino por que muchas veces el terreno es de muy difícil acceso, hasta para los mismos ejércitos en combate, y adicionalmente, -este es el motivo más importante-, porque en tratándose de grupos integrados por numerosos individuos, que se mueven todos en diferentes direcciones y constantemente, en un terreno despejado y muy extenso¹¹⁴, la labor de determinar claramente quién fue el responsable por qué homicidio y/u otras conductas punibles, se hace prácticamente imposible. Sumado a ello se tiene que, como consecuencia de esa imposibilidad al individualizar la responsabilidad por cada delito cometido en combate, en el campo de la dogmática penal ello repercute en la ineficacia de la garantía fundamental del procesado al derecho de defensa, toda vez que la imputación de su acusación resulta siendo no muy clara, y por lo tanto, no fácilmente rebatible por no ser empíricamente comprobables los hechos en que se funda (anti-garantismo).¹¹⁵

- De la misma manera, a modo de crítica de los argumentos dados por el grueso de los magistrados de la Corte, los que se separaron del criterio mayoritario lanzaron una máxima que parece reflejar el momento político que actualmente, tras diez años de haberse proferido la sentencia, está viviendo el país: *“... entonces ¿qué es delito político? La respuesta parece ser: delito político son aquellas conductas que, por graves motivos de conveniencia pública, el Congreso, por votación calificada, determine que son hechos punibles amnistiables o indultables. Así, al destruir la noción clásica de delito político, la sentencia estaría abriendo las puertas para que las más disímiles conductas puedan ser amnistiadas e indultadas. No deja de ser paradójico que eso se haga en nombre de la igualdad ante la ley penal y en defensa de los derechos fundamentales.”*¹¹⁶
- Adicionalmente argumentaron que era erróneo considerar, tal como lo hicieron la mayoría de los magistrados de la Corte, que las únicas consecuencias previstas como tratamiento benévolo al delito político por la Constitución Nacional eran las de la amnistía o el indulto, toda vez que también en el orden superior se incluyen institutos como los de la prohibición de la extradición por este tipo de delitos, también la no aplicación de la prohibición de ejercicio de cargos públicos por su comisión.

¹¹⁴ En otras palabras, haciendo uso de una estrategia de guerra de tipo –valga la redundancia– “guerrillero”. Esto es, una estrategia de ataque y repliegue –a veces también de repliegue y camuflaje entre civiles–, incluso de ataques sorpresa, tras cuya ejecución no necesariamente se sigue su permanencia en el lugar para continuar en el combate; por oposición a un combate entre ejércitos regulares que disputan el control de un territorio cayendo en una batalla frente a frente que lleve finalmente a la rendición de uno de los dos enemigos.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op. Cit.

¹¹⁶ Corte Constitucional. Salvamento de voto a la Sentencia C-456 de 1997 suscrito por los magistrados Drs. CARLOS GAVIRIA DIAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Decimos que esta máxima refiere al momento actual por el que atraviesa el país por cuanto el reciente intento del congreso por considerar delincuentes políticos a los miembros de los grupos *paramilitares*, conlleva trastocar, en un vuelco total, la clásica definición del delincuente político como aquél que busca modificar o cambiar el gobierno o el orden jurídico vigente, para considerar como tal a aquél que por la vía de la ilegalidad, busca defenderlo.

Y como conclusión de ello, sostienen los magistrados disidentes, que la Constitución Política “obliga” a tratar, mediante el fenómeno de la exclusión de pena para los subversivos, la comisión de delitos comunes en medio de un combate entre éstos y las fuerzas regulares del Estado.

Como un argumento de derecho internacional y también de historia del derecho, sostuvieron los magistrados en su salvamento de voto, que la tradición jurídica patria ha asimilado –guardadas las obligadas proporciones- el concepto de delincuente político al concepto propio del derecho internacional, del *combatiente armado*, por cuyas conductas delictivas queda exonerado de pena en el marco de una guerra entre estados, mientras que, para el caso de la disidencia armada interna de un grupo contra el estado colombiano, el derecho internacional prescribe que los delitos comunes cometidos en combate se subsumen en el delito de rebelión¹¹⁷. Es decir que, en virtud de la aplicación en el ordenamiento jurídico nacional, de las normas del derecho internacional humanitario en casos de guerra interna, resultan equiparables –y en la vigencia del artículo 127 del Decreto ley 100 de 1980, equiparados- tanto los combatientes que representan al estado, como los ilegales que luchan contra este. Es por ello que los magistrados que salvaron su voto sostuvieron que la decisión de inconstitucionalidad adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte, no sólo no se avenía, sino que contrariaba la tradición jurídica colombiana en cuanto al trato sobre la materia, el texto constitucional y también el derecho internacional humanitario.¹¹⁸

3.2 LA SENTENCIA COMO REFLEJO DE UN DEBATE CONSTITUCIONAL ENTRE VALORES.

La razón de ser de este acápite es la de mostrar que en el contexto de guerra que vive Colombia, la implicación entre la teoría del garantismo y el delito de

¹¹⁷ Sea este el momento para recalcar que esta no es una posición unánimemente compartida en cuanto a la corrección del argumento. Tratadistas como el profesor ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA desestiman esa posición por considerar que las normas de derecho internacional humanitario, si bien no otorgan una protección al delincuente político frente al juzgamiento interno de los delitos por él cometidos, no limitando en ello la capacidad de ejercicio del *ius puniendi* por parte del estado objeto del ataque, tampoco prohíbe que se le dé un tratamiento punitivo especial en consideración al que usualmente se le da al delincuente común; y, de la misma manera, para el ordenamiento jurídico internacional humanitario, bien pudiera ser que, incluso un legislador interno estableciere la exoneración de pena por delitos conexos cometidos en combate a favor de los militares que representan el estado legítimamente constituido, mientras que para los rebeldes, el trato penal sea conforme a las reglas del concurso de tipos penales. Ilustra su posición en estos términos “*Así pues, en nuestro concepto, el artículo 127 ejecutaba correctamente el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, por dos razones complementarias, a saber: de una parte, a la luz del DIH de los conflictos armados internos el combatiente rebelde no goza de ninguna inmunidad frente a la represión penal interna de los delitos cometidos durante el combate. En tal sentido, nos encontramos ante una normatividad internacional que permite sancionar penalmente al rebelde infractor, pero que igualmente no se opone a que el constituyente o el legislador internos, dentro del amplio margen de maniobra de que disponen en esta materia, acuerden una protección especial al delincuente político. Este último había sido precisamente el camino escogido por el legislador colombiano al momento de expedir el artículo 127 del C.P.*” En: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op. cit., págs. 452, 453.

¹¹⁸ De otro lado, el profesor RAMELLI hace una lúcida reflexión al considerar que en cuanto a la conformidad con las normas del DIH, el artículo 127 del C.P. declarado inexecutable, las desarrollaba en forma correcta, toda vez que imponía como excepción a la aplicación del beneficio punitivo contenido en la norma, que los actos no constituyeran manifestaciones de ferocidad, barbarie o terrorismo, siendo en últimas no susceptibles de perdón las graves violaciones al DIH por el derecho interno.

rebelión¹¹⁹ tiene profundos alcances que superan el nivel dogmático o legal, y para ello es necesario comenzar por unas breves reflexiones de orden histórico y constitucional entre el clásico estado liberal de derecho y su desarrollo posterior denominado estado social de derecho.

El paradigma del clásico estado liberal de derecho, con su correspondiente principio de legalidad como principal estandarte implica en una relación directamente proporcional que el respeto por la libertad individual se privilegia al máximo. Esto es que, su estructura fue pensada específicamente para intervenir al mínimo en la esfera de libertades individuales de los asociados.

En efecto, ello es entendible si se recuerda que esta forma de organización estatal nació como una reacción -principalmente- de los revolucionarios franceses ante el autoritarismo del estado absolutista, que podía disponer de la vida y destino de una persona al arbitrio de quien ocupaba el trono, sin control alguno¹²⁰ por parte de otros poderes o estamentos del poder público.

Esta forma de estado, sin embargo, no nació de repente, ni mediante generación espontánea. Obedeció al cuestionamiento que en los pensadores de la época generó una forma de gobierno atrasada, que creaba conflicto con las necesidades que el nuevo régimen comercial imponía a las sociedades. Es decir, el cambio en las relaciones económicas que trajo el incipiente nacimiento del capitalismo industrial en la Europa del S. XVIII imponía un esquema de libertades individuales que era incompatible con los viejos esquemas del poder en cabeza del rey y los señores feudales, a cuya sujeción quedaban obligados los súbditos por los juramentos épicos de honor y lealtad.¹²¹

Así pues, surgió un nuevo paradigma, que sustentado en la libertad individual imponía al Estado la única obligación de no interferir en los asuntos de los particulares, permitiéndoles el desarrollo pleno de las libertades que le había dado la revolución. El sustento ideológico de esta nueva concepción del poder estuvo a

¹¹⁹ Esta figura delictiva fue escogida por el autor en tanto presenta mayores facilidades para explotar la tensión constitucional entre el eficientismo y el garantismo, dada su especial estructura de delito complejo. Esto es, de delito que requiere la comisión de otros para poderse llevar a cabo. Lo cual permite analizar como una cuestión de grado, en qué medida el garantismo penal está influenciando en Colombia el juzgamiento de este delito, y por supuesto, los que son “delitos medio” para su consumación. Por supuesto, no sobra advertir que la perspectiva de estas líneas trasciende el mero análisis del problema planteado, para intentar la formulación de una alternativa de solución jurídica a las dificultades de enjuiciamiento en que la Sentencia C-456 de 1997 dejó a la rama judicial.

¹²⁰ Recuérdense al respecto, V.gr. manifestaciones como “*L’Etat, c’est moi*” (“El Estado soy yo”) pronunciada por Luis XIV de Francia cuya declaración resume con precisión el concepto del derecho divino de los reyes imperante en la época, y “*Después de mí, el diluvio*” pronunciada por Luis XV el 10 de Mayo de 1774, cuando falleció en Versalles.

¹²¹ Sobre el particular SOTOMAYOR señala: “*Al respecto quizá sea bueno recordar, a manera de ejemplo, que el ideario liberal en materia penal, y en especial su pretensión de establecer ciertos límites a la intervención punitiva estatal, solo puede ser explicado a partir del proyecto político que le dio origen, que no fue otro que el del Estado liberal burgués. La preocupación liberal por circunscribir la esfera de la autoridad a unos límites precisos por medio, entre otros, de principios como el de legalidad y de igualdad ante la ley, no surgió solo por la afirmación de la libertad civil frente a la arbitrariedad del poder, sino también por la necesidad de salvaguardar unas reglas mínimas que pudieran garantizar el libre juego del mercado, es decir, como expresión de las necesidades de la estructura socioeconómica.*” SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, Op. Cit. Pág. 105.

cago de ilustres pensadores del iluminismo como John Locke, J.J. Rousseau, Thomas Hobbes, Cesare Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Denis Diderot, etc.

Esto es lo que la historia de las ideas políticas denominaría como “*estado gendarme*”, cuya función dentro de la sociedad se reducía a la vigilancia del mayor ejercicio posible de las libertades de los asociados, siendo poco, o nulo su espacio de intervención en la restricción de dichas libertades, con el fin de obtener el logro de otros fines estatales relativos al interés general.

Como lo señala OROZCO ABAD:

“Al fin y al cabo, no la falta de Estado y de soberanía, sino por el contrario los posibles excesos y abusos del Estado soberano, fueron aquello que en su momento motivó que la burguesía como clase emergente esgrimiera las banderas del Estado de derecho y del garantismo, y en general, las del constitucionalismo liberal. Se trataba de establecer talanqueras contra la amenaza que representaba el absolutismo. El Estado soberano, como monopolio eficaz –si no legítimo- de la violencia, y con él la paz interior, la ausencia de guerra civil, son, en tal sentido, presupuestos fácticos históricos y sistemáticos, para la emergencia y buen funcionamiento del sistema liberal de garantías. La idea ulterior del Estado social de derecho y su cristalización en un concepto enriquecido del garantismo, en cuanto orientado a producir y a mantener la paz social, también tiene presupuesta la estatalidad soberana y con ella, la paz político-militar.”¹²²

Con el correr de los tiempos, y el desarrollo de esta forma de ejercicio del poder se suscitaron conflictos que, por su raigambre económica, suscitaron otras concepciones teórico-políticas que exigían el replanteamiento del liberalismo clásico que carecía de obligaciones de intervención del Estado al interior de las relaciones entre los particulares.

Esto es que, tal como lo muestran los análisis histórico-económicos (V.gr: “EL CAPITAL” de CARLOS MARX), la excesiva libertad económica permitida a los asociados por las estructuras del estado liberal clásico no favoreció la consecución de los fines que actualmente persiguen los ordenamientos jurídicos modernos, y que se hacían necesarios gracias al fracaso del modelo económico liberal para garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida con las mínimas necesidades básicas satisfechas.

En otras palabras, las dificultades económicas que tuvo que padecer Europa en el siglo siguiente al de las revoluciones liberales burguesas, permitió el surgimiento del socialismo como corriente político-económica con una finalidad específica:

¹²² SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Págs. 38, 39.

crear una forma de estado que sea titular del derecho de dominio pleno sobre los medios de producción, y con ello también sobre las relaciones entre los individuos y la realización de sus objetivos personales.

Con el surgimiento de esta teoría, se pasa de un concepto en el que el Estado es “*gendarme*”, a uno que le impone la obligación de ser omnisapiente y omnisciente, lo cual tiene implicaciones de orden funcional en el andamiaje institucional, las cuales repercuten directamente en los espacios de libertad de los individuos, ya que las nuevas funciones atribuidas al Estado implican un necesario ingrediente de intervención en el ejercicio de su anterior libertad desregulada.

Sin embargo, esta incipiente tensión entre las dos formas de estado descritas que luchaban en Europa (Liberalismo vs. Socialismo), se mantuvo como una cuestión al modo de “todo o nada” hasta mediados del siglo XX. En efecto, los extremos oscilaban entre la libertad del régimen económico capitalista, y con él también las desigualdades sociales frente a las que el Estado no tomaba parte, o la sumisión a la que sometía a sus asociados el régimen económico socialista, y con él también la seguridad de los elementos mínimos requeridos para la subsistencia de todos ellos.

No obstante lo anterior, fue sólo hasta pasada la Segunda Guerra Mundial cuando la tragedia a que ella dio lugar¹²³, impuso la necesidad de fusionar en una sola forma de Estado, el modelo económico “social” y el “liberal”, con lo cual, la ambivalencia que se había presentado antes en todo el continente europeo al existir las pugnas entre los estados socialistas –principalmente la Unión Soviética- y los capitalistas –la Europa occidental-, o bien, entre los movimientos políticos de ambas corrientes al interior de cada Estado, pasó a ser una tensión al interior de las Instituciones que cada país creó para cumplir a la vez los cometidos del estado liberal clásico y del estado social.¹²⁴

Así surgió el Estado Social de Derecho, una forma de organización estatal que lleva en sus entrañas la tensión entre permitir el desarrollo de las libertades individuales y a la vez, tomar parte en la aniquilación de las desigualdades sociales, a través de, entre otras, adoptar medidas de orden económico que afectan la iniciativa privada.¹²⁵

¹²³ Téngase en cuenta que, si bien este conflicto no tuvo su origen único en causas económicas, y en cambio si influyeron diversos factores como los nacionalismos, la confrontación entre el socialismo y el capitalismo, la industrialización, una primera guerra mundial mal terminada mediante el pacto de Versalles, etc, se consideró el modelo del Estado Social de Derecho como una forma estatal idónea para dar respuesta a la inmemorable tragedia que dejó la guerra y evitar un posterior conflicto armado de similares características.

¹²⁴ Esta es una visión que el mismo FERRAJOLI comparte: “*La actual expansión del papel del derecho y de la jurisdicción se explica, por otra parte, con dos fenómenos convergentes y ambos estructurales: el cambio en la estructura del sistema jurídico, producido en la segunda mitad de este siglo con su evolución bajo las formas del Estado constitucional de derecho; y la transformación de la estructura del sistema político, producida por el contemporáneo desarrollo del Estado social y, en consecuencia, por la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.*”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 126.

¹²⁵ En el plano de lo estrictamente normativo, el primer gran cambio introducido por esta modificación del paradigma jurídico-político se da en el plano constitucional, al introducir los modelos de constituciones rígidas que, al contener

Lo anterior no implica que la mencionada lucha entre las dos formas de estado haya desaparecido del panorama europeo una vez culminada la segunda guerra mundial, puesto que, como bien se sabe, la finalización del conflicto armado trajo consigo el comienzo de la guerra fría con las conferencias de Yalta y Postdam en 1945. Esta nueva etapa del conflicto supuso en el fondo un confrontamiento ideológico que tenía en sus extremos a dos polos con sistemas económicos, y por consiguiente, aparatos estatales dirigidos hacia finalidades totalmente diferentes que persistieron en su confrontación hasta comienzos de la década de los noventa, hasta que uno de ellos -la Unión Soviética- desapareció del escenario.

Volviendo al punto del Estado Social de Derecho, hay que decir que la tensión no solo queda en esos términos. Dado el crecimiento y complejidad de las sociedades modernas, este nuevo Estado, dotado de un gran andamiaje para poder llevar a cabo sus cometidos –sociales- institucionales, también tiene que luchar (haciendo uso de ese mismo aparataje) contra las nuevas formas de delincuencia que se levantan contra él mismo o la estabilidad social. Es ahí donde radica principalmente el objeto de este trabajo.

Efectivamente, desde el plano constitucional se tiene que hay un gran estado, que aunque en principio fuera pensado de esa manera para poder llevar a cabo labores tendientes a la igualdad social, también puede hacer uso de esa capacidad para impedir la proliferación del desorden social. Y con ello empiezan a afectarse los límites de la libertad individual, so pretexto de conseguir orden, haciendo uso de las instituciones de que fue dotado el Estado para luchar contra la desigualdad¹²⁶ -eficientismo-. Esta paradoja implica en el fondo una tensión profunda con que deben convivir actualmente todos los estados que hayan adoptado la fórmula de “Estado Social de Derecho”, la cual puede representar peligros para la efectiva realización de aquellas libertades individuales que fueron arrebatadas de la monarquía y cedidas por los revolucionarios del S. XVIII a favor

principios y derechos fundamentales de obligatoria observancia, trastocan toda la concepción vigente acerca de los límites a la autoridad, convirtiendo dichos contenidos constitucionales en obligatorios para todas las esferas del poder, tanto el ejecutivo, como el judicial, y también –esto es lo novedoso- para el poder legislativo. Ello cambió por completo la concepción del estado paleo-positivista liberal de derecho, dentro del cual el ejercicio de la democracia, sea directamente o a través del parlamento, no tenía ningún límite, y la actividad judicial se reducía a una técnica de *subsunción* que no reparaba en los contenidos de las normas legales a aplicar. Esta nueva forma de pensar el constitucionalismo vio la luz gracias a la derrota de los regímenes totalitarios que en la Europa de mediados del siglo XX impusieron todas sus macabras prácticas gracias a haberse hecho con el poder mediante el consenso de las mayorías. En esa medida, las Constituciones fueron *replanteadas* como elementos útiles para limitar la voluntad popular, que como quedó demostrado es siempre susceptible de ser manipulada, en aras de dar una protección eficaz a las minorías y a las reglas del juego que no se pueden trastocar sin caer en la contradicción de dar al traste con el mismo juego que posibilitó esa decisión de modificarlas.

¹²⁶ Esta misma visión es compartida por SOTOMAYOR, quien en su texto señala expresamente:

“En definitiva, asistimos a la configuración de un sistema penal de marcado corte autoritario, justificado al amparo de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo.

“Este proceso no está conduciendo, sin embargo, a una reducción del sistema penal subterráneo existente hoy, aunque sí a una ampliación, en el plano formal, del sistema penal legal.”. Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 110.

de los particulares¹²⁷, sobre todo en aquellos estados como el nuestro que, dadas sus especiales condiciones de formación, todavía no han hecho realidad su propio presupuesto de existencia: *la consolidación de la seguridad nacional interna*.

En palabras de ABAD:

“Supuesto lo anterior, bajo premisas liberales clásicas y en contextos de guerra civil, el eficientismo designa, digo yo, antes que nada, la compulsión a que se ven abocados el Estado y el derecho del Estado, de convertir el supuesto fáctico de la paz y la soberanía en un fin que debe ser producido en el futuro, para efectos de que ambos, Estado y derecho, puedan contar con sus propias condiciones de posibilidad.

...

“En efecto, en desarrollo de la paradoja comportamental arriba descrita, el concepto democrático de soberanía, en cuanto no realizado como presupuesto, ha exigido también dentro de las democracias, de la misma manera que su antecedente regio, su postulación como fin que justifica todos –o por lo menos casi todos– los medios. Pero lo más grave es que, ya en el seno de la democracia, al desatarse la compulsión eficientista de la soberanía, la exigencia de su realización como unitaria, ha determinado, con frecuencia, adicionalmente, la puesta en marcha de una trituradora homogeneizante cuyo símbolo más perfecto es la guillotina. Es que la única posibilidad de hacer operativo el concepto de pueblo como una unidad, depende de hacer del mismo una entidad altamente homogénea. Así las cosas, la soberanía se ha articulado ya no solo como odio a la guerra civil y a las disensiones, sino además, como odio a la pluralidad social, étnica y cultural. La Constitución colombiana de 1886, con su reconocimiento del carácter homogéneamente católico de la nación colombiana y con su compulsión evangelizadora y de aculturación, está inscrita en esta tradición.”¹²⁸

Y continúa:

“En sentido análogo podemos decir que también el paso del Estado liberal al Estado social significó una profundización y una estabilización de dicha dominación. El Estado social tuvo como presupuestos al Estado liberal soberano, y a su eficiencia pacificadora. Fue precisamente sobre esa base, que el nuevo

¹²⁷ Cfr: OROZCO ABAD, Ivan y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op., cit.

¹²⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 44.

Estado estuvo en capacidad de multiplicar sus tareas. En ese sentido, también para el Estado social el pecado original de la soberanía interior como odio al derecho de rebelión y a la guerra civil, es por lo menos en parte, un presupuesto empírico, que no estando realizado, estaba llamado a poner en marcha la compulsión eficientista, pacificadora.”¹²⁹

Efectivamente, esa tensión deriva del mismo nivel constitucional en el que se funda el Estado, ya que es la Constitución misma la que contiene los principios que entran en choque. Tanto los derechos sociales, como las libertades individuales tienen una misma protección en el nivel constitucional, lo que hace especialmente difícil la actividad del intérprete, y también lo hace más proclive a ceder “válidamente”¹³⁰ ante unos u otros, dependiendo de la carga emotiva –o impositiva- que el momento político le imponga.¹³¹

La misma discusión es mostrada por la teoría del garantismo de FERRAJOLI en el lenguaje de una tensión entre poder y derechos, advirtiendo que los segundos son límites al primero, mismos que, en ausencia de garantías para su ejercicio, permiten la expansión indiscriminada del poder, perjudicándolos:

“Es sobre esta distinción y oposición entre ‘poder y derechos’ y sobre la ‘irrefrenable tendencia’ del primero, en ausencia de garantías, ‘al abuso’ en perjuicio de los segundos, sobre la que se funda, escribe Perfecto Andrés Ibáñez, todo el modelo teórico y normativo del garantismo (p. 61): cuyo rasgo característico, según se dijo en el § 1.1,

¹²⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 45.

¹³⁰ Entendido el término en el sentido de *validez* de una proposición según la carga argumentativa de que se vea acompañado. Es decir, según la visión del llamado *nuevo derecho*, bajo el cual la decisión judicial de un “caso difícil” encuentra su respaldo o legitimidad no tanto en la posibilidad de una decisión única y verdadera adoptada según el método de la subsunción, ya que la aplicación de esta técnica se dificulta especialmente en aquellos casos en que estamos frente a las *zonas de penumbra* de que habla H.L.A. HART, sino de acuerdo con la capacidad de convencimiento, de la fortaleza de los argumentos de que se rodea la decisión, mismos que no solo tienen que reducirse a la esfera de lo legal –recuérdese que el hecho no se encuentra dentro de la previsión normativa, o al menos, no es fácilmente identificable-, sino que pueden provenir de la lógica, o de una determinada filosofía política, aunque eso sí, buscando la derivación de la decisión más plausible que se pueda, desde los principios constitucionales, ya que ese es el límite que impone su particular estructura abierta o *porosa*. “*Es posible encontrar decisiones fundamentadas sobre la prevalencia del interés general sobre los derechos, y viceversa. En el constitucionalismo social del siglo veinte hay quienes han encontrado asidero para la tesis según la cual los derechos valen como realización del interés general. Magistrados de orientación conservadora, como José Gregorio Hernández, Hernando Herrera y Vladimiro Naranjo, en un ejercicio de tomismo constitucional, le han dado vida a la idea de que los derechos no tienen un carácter absoluto y deben ser entendidos siempre orientados en su ejercicio y efectividad hacia el bien común y la prevalencia del interés general.*” En: Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 247.

¹³¹ Así lo entiende JULIO GONZALES ZAPATA, al afirmar que “*Probablemente el problema sea mucho más serio que estas incongruencias puntuales: nuestra Constitución Política al mismo tiempo estableció una carta de derechos para una política liberal y un modelo neoliberal para regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Y al neoliberalismo y su parte inseparable, el eficientismo, le repugnan, entre otras cosas, la libertad (a menos que sea la económica), los pobres, los marginados y las garantías. Una Constitución que al mismo tiempo habla de garantías pero admite que “por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, en perjuicios del tesoro público o con grave deterioro de la moral social” lo que hace es crear un poderoso dispositivo para que el poder punitivo no tenga límites, sino que tenga a su disposición conceptos ambiguos para ensanchar el sistema punitivo hasta el delirio.*” En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, Op. Cit. Págs. 201, 202.

*es la 'distancia insuperable entre el modelo y la realidad', entre normatividad y efectividad, entre el 'deber ser del' y 'en el' derecho y su ser efectivo, que se traduce por un lado en el margen irreductible de 'ilegitimidad estructural, tanto política como jurídica', de cualquier poder (p. 71), y por otro en una legitimación no ya apriorística, sino siempre y solo a posteriori, contingente y sectorial, esto es, referida únicamente a su ejercicio válido en concreto (p. 62)."*¹³²

Y en el nivel dogmático del derecho penal la discusión puede ilustrarse en los siguientes términos:

*"Ciertamente, este esquema cognoscitivo de justificación de las decisiones es bastante más rígido y exigente que otros esquemas puramente decisionistas –moralistas, eficientistas o consensualistas– que también han sido teorizados y, más todavía, practicados en la historia del derecho penal; y, con todo, sólo puede ser satisfecho de forma tendencial y siempre imperfecta. También es claro que su defensa refleja una opción política en favor de un modelo de derecho penal idóneo para limitar el arbitrio punitivo y para tutelar al máximo grado la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, lo que exige en el plano epistemológico y político es precisamente lo que el modelo penal garantista, acogido por las constituciones modernas, exige normativamente en el plano jurídico: que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones."*¹³³

Todo esto, que en últimas muestra la relación directa entre, por un lado los valores y principios constitucionales, y por el otro la discrecionalidad para su interpretación con la consiguiente invasión de las esferas de libertad de los ciudadanos; es lo que puede identificarse como los riesgos de eficientismo¹³⁴ que nos pone de frente el constitucionalismo moderno bajo la fórmula de estado social de derecho en un país que, como el nuestro, vive una guerra interna que aún no ha permitido consolidar la paz, que es el paso previo del Estado de Derecho.

En el caso concreto colombiano, esta tensión cobra mayor relevancia por cuanto el nivel de violencia que ha desatado la guerra interna entre los grupos armados ilegales y las fuerzas legalmente constituidas hace que en cualquier momento la población pueda ser conculcada en sus derechos de abstención –propios del estado liberal clásico– en pro de la búsqueda del orden con que puede revestirse la anhelada paz. Este argumento cobra validez si consideramos que la misma

¹³² FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. cit., pág. 112.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. Pág. 69.

¹³⁴ Como lo anota GONZALEZ ZAPATA, "Pero por otro lado, habría que agregar que el eficientismo en Colombia no es una simple corriente que se adopte por algunos doctrinantes, sino que es una concepción de la que se ha alimentado el sistema penal colombiano, partiendo desde las leyes, pasando por las normas excepcionales, hasta llegar a colonizar la Constitución." En: SOTOMAYOR, ACOSTA, Juan Oberto, Op. Cit. Pág. 213

Corte Constitucional ya ha mostrado una tendencia a privilegiar el bien colectivo del *orden público* cuando éste se pueda ver comprometido frente al ejercicio de derechos individuales como el de la *libertad de información*¹³⁵.

Esta visión es compartida por SOTOMAYOR, quien ve que el actual proceso al cual ha llevado al país la guerra y las estrategias de lucha contra la insurgencia, es en el fondo un proceso de pérdida de la institucionalidad, cuyas consecuencias se manifiestan más dramáticamente, entre otros, en el fortalecimiento del fenómeno del paramilitarismo, como sustituto del Estado en el ejercicio de su función de brindar seguridad a los asociados, y, en el mejor de los casos, en el desbordamiento de los poderes legalmente constituidos, a efectos de conseguir, por parte del Estado, el monopolio del ejercicio de la fuerza como elemento necesario para su propia existencia.

Esto es, derechos prestacionales y de abstención confluyen ahora como obligaciones para un mismo Estado. La solución al problema parece obvia y sencilla: permitir que frente a las desigualdades sociales la cara intervencionista del Estado haga su labor en cuanto se requiera para nivelarlas; y que frente a las libertades individuales la cara abstencionista del Estado ejecute su papel de no intervención para respetar el margen de acción de los particulares.

Pero ello no es así de simple. Un espacio franquea el otro, y más aún, hay zonas donde se confunden: es el caso del delito de rebelión; que es perfecta muestra de la tensión, puesto que por un lado representa la facultad del estado de sancionar a través de la norma penal los atentados contra el régimen, y por otro, tras la situación creada por la Sentencia de Constitucionalidad 456 de 1997, la expectativa frente a la certeza de la ley de quien es juzgado por rebelión se ve comprometida, así como también la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho:

*“En este sentido, el garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de derecho”, o sea, de un sistema que recoge el paradigma clásico de Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no solo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.”*¹³⁶

Es por ello que este trabajo tiene como finalidad auscultar esa tensión, en ese preciso caso en particular, y formular una alternativa de solución con base en la cual pueda predicarse la posibilidad de que tanto la estabilidad del ordenamiento

¹³⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-045 de 1996. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹³⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 11.

jurídico, como los derechos individuales de quienes son juzgados por tal delito se preserven al máximo¹³⁷, o que permita sostener en forma constitucionalmente válida la prevalencia de uno de los polos en tensión. Todo ello como un desarrollo armónico de ambos principios que están inmersos en la Constitución de 1991, y que, al margen de toda la carga emotiva que el caso represente en el actual momento que políticamente vive el país, debe ser abordado con las mayores pretensiones de seriedad de que pueda proveerse la academia, para dar al país una respuesta que se está en mora de ofrecer.

En efecto, como se ha dicho, la legitimidad del poder judicial en todo estado constitucional de derecho pasa por el profundo respeto por las garantías sustanciales y procesales del investigado, imputado o enjuiciado, todo ello con la finalidad de reducir al máximo las posibilidades de arbitrio judicial permitidas por una legislación penal indeterminada o con lagunas, pues la defensa por la primacía del principio de estricta legalidad es un imperativo para todos los ciudadanos, y en mayor medida, para los jueces, tanto en el plano jurisprudencial como en el plano legal, propugnando por la eliminación del sistema de aquellas “figuras de delito indeterminadas y una drástica despenalización que restituya a la intervención penal su carácter de *extrema ratio*”¹³⁸

Ello cabe precisamente para el caso que ocupa el presente trabajo. Si el delito de rebelión pasa por una actual *desnaturalización* de su contenido gracias a la decisión jurisprudencial de nuestra Corte Constitucional, su judicialización reviste problemas de hondo calado al no estar estrictamente delimitado el marco del tipo penal dentro del cual puede el juez *ejercer su labor de subsunción*.¹³⁹ Aunque la posición de la Corte es solo un reflejo de la concepción ampliamente difundida en

¹³⁷ En este punto vale la pena mencionar que la misma Corte Constitucional ha usado en reiteradas ocasiones el método de la ponderación para sopesar conflictos entre intereses colectivos y libertades individuales. Al respecto, valdría la pena resaltar cómo esa tensión es casi que estructural, inevitable en los modernos estados constitucionales de derecho donde las estructuras *gendarme* del viejo estado paleopositivista liberal de derecho se combinan con las *intervencionistas* del nuevo estado social de derecho. El escudo nacional refleja en forma muy sugestiva esa tensión al leerse en su texto “*LIBERTAD Y ORDEN*”. La paradoja está en que ambos principios sólo se pueden conseguir en las precisas circunstancias del país con esfuerzos teóricos para armonizar la contingencia. En ese orden de ideas, lo propuesto en el presente trabajo constituye algo análogo a la ponderación de la Corte, es la búsqueda de contribuir a la armonía de ambos principios, pero sin recurrir al mismo método iusnaturalista y sin tener que asumir la misma posición socorrida de la Corte de sacrificar parte de las garantías individuales en aras de preservar bienes colectivos, dando aplicación a un *garantismo laxo* –aunque en forma eufemística también lo denominen *garantismo moderado*- provisto de garantías individuales mínimas, así como también sin recurrir a ese *orden objetivo de valores* que la Corte ve en la Constitución. Según CHINCHILLA: “*La particular concepción de la Corte Constitucional, en la cual se adivina una actitud garantista básica, tiene un matiz digno de subrayar: en materia de garantías sustanciales y procesales de la libertad admite una cierta relativización de los derechos fundamentales cuando quiera que entran en choque con ciertos principios constitucionales relativos a bienes colectivos (como el orden público, la eficacia de la justicia) o relativos a deberes constitucionales fundamentales. En tales supuestos fácticos la Corte no asume la radical defensa del máximo de garantía sino que mediante el método de la ponderación o sopesamiento de tales principios en conflicto llega hasta reducir el principio garante para satisfacer el principio colectivista, de tal manera aquel termina relativizado o contraído al mínimo que, siguiendo la terminología española (tomada a su vez de la alemana), se denomina contenido esencial (núcleo esencial según nuestra jerga jurisprudencial).*” En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 179.

¹³⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 134.

¹³⁹ “... es claro que los jueces estarán tanto más dotados de poderes discrecionales, tendencialmente invasivos de la esfera de competencia de la política, cuando más indeterminados sean los supuestos delictivos... Es claro que solo un saneamiento de tales delitos y el respeto por el legislador del principio de taxatividad penal puede suprimir el arbitrio de los jueces en la creación del hecho o cuando menos en la integración de los supuestos de hecho penales, reduciendo la dimensión decisionista de su actividad.” SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Págs. 135, 136.

Colombia sobre el papel que debe cumplir el derecho penal en la sociedad. Dicha decisión es una muestra de esa constante expansión jurídica (jurisprudencial en este caso) en la que se puede ver inmerso un Estado bajo la fórmula “social de derecho” cuando busca hacer realidad los fines de su constitución “derrotero”, movilizándolo los varios y poderosos elementos a su servicio aún a riesgo de sacrificar garantías fundamentales como el principio de legalidad o el non bis in idem.

La posición de la Corte es, en últimas, una manifestación de la particular concepción de la política criminal que tenemos en nuestro país. Si bien es cierto que, en estricto sentido la política criminal no es asunto judicial, sino legislativo, para nuestro país hay que recordar que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 impuso unas nuevas relaciones entre los poderes, que reformuló aquellas clásicamente sostenidas dentro del paradigma del Estado liberal de derecho, lo que finalmente da lugar a una sujeción del legislativo a los dictámenes hermenéuticos de la Corte Constitucional en su actividad de intérprete de la Carta Superior.

Así las cosas, hay que aclarar que la forma específica en que se ha dado el desarrollo de nuestro constitucionalismo, con sus constantes convulsiones históricas de violencia y la escasa capacidad del estado para mantener el orden al interior del territorio, han marcado la diferencia fundamental entre nuestra forma de concebir la política criminal, relacionándola con la política de seguridad, y no con la política social, tal como sucede en otros ordenamientos, v.gr: aquél del cual somos herederos de la fórmula de Estado Social de Derecho: el constitucionalismo alemán.

Efectivamente, en Alemania, tras la consolidación de la unidad interna de sus asociados, la concepción de la política de seguridad se redujo a la concepción sobre la política criminal, y terminó siendo asociada con la política social por el hecho de no existir una dicotomía entre seguridad interior y seguridad exterior. En otras palabras, tras sobrepasar los peligros contra su propia existencia, el Estado alemán perdió interés en su política de seguridad, convirtiendo a sus soldados – encargados de asegurar el estado contra sus enemigos externos- en policías, y al enemigo -exterior- en delincuente.

Ello fue acompañado de la conversión del Estado en “gendarme”, toda vez que su único papel se redujo al de asegurar el orden al interior del estado, pasando los asociados a ser sus propios gestores de los demás elementos necesarios para la convivencia (salud, educación, alimento, etc), a través de sus representantes en el legislativo. De ahí que la política de seguridad del parlamento terminara designando en forma omnicompreensiva la política social, económica, educativa y también la política criminal. Sin embargo, la crisis del estado liberal, cuyo funcionamiento ha sido descrito, y el consecuente nacimiento del estado social, llevaron a escindir la política de seguridad, incluyéndola a la vez dentro de la

política social y dentro de la política criminal, lo cual también hace del término algo equívoco.

En contraste con lo anterior, nuestro país ha vivido durante toda su existencia una sucesión de guerras civiles, es decir que todavía no hemos conseguido el orden (la paz), que es el presupuesto de nuestra propia subsistencia como figura jurídica de derecho internacional. Obviamente no se quiere decir que Colombia no exista como estado, puesto que legalmente lo es.

Por el contrario, lo que se dice es que a pesar de pretender estar fundado en las mismas teorías contractualistas que inspiraron los estados Europeos, cuyo presupuesto es el abandono del estado de naturaleza –salvaje o de guerra-, para dar paso a un estado de civilidad en el que el orden jurídico fuese factible, Colombia aún no ha logrado realizar esa paz al interior de su territorio. En otras palabras, nuestro proceso de construcción como estado-nación se desarrolló desde adentro hacia afuera, consolidando primero la convivencia ciudadana antes que las propias fronteras del estado, puesto que éstas últimas fueron una herencia del colonialismo que no fueron objeto de mayores reclamos por parte de los Estados vecinos. Por el contrario, los estados europeos pasaron por un afianzamiento inicial de sus límites con otros estados, para luego iniciar el proceso de consolidación de los lazos sociales internos que los configuraron como naciones.

Esto es, en el principio de la formación de los estados Europeos, era más importante atender las guerras exteriores que las guerras civiles internas, situación completamente contraria a la vivida por nosotros, considerando especialmente que en el caso de Colombia, hasta la fecha todavía estamos ocupándonos de atender una guerra interna cuya continuidad rodea los cincuenta años, en contraste con un posible –o latente- estado de guerra exterior que nuestro país no ha tenido como si los estados europeos.

En el primero de esos procesos en Europa, -el de la consolidación de las fronteras externas de los estados-, el ejército jugó un papel muy importante, al ser la manifestación de la fuerza que permitió que las fronteras de los países quedaran delimitadas mediante las guerras del S. XVI. Esto es, para los siglos XVI y XVII el Estado Absolutista Europeo centró sus esfuerzos bélicos en asegurar la paz como condición necesaria para su existencia, tanto frente al enemigo exterior, como frente a la resistencia interior. Posteriormente, durante los S. XVIII y XIX, una vez conseguido el presupuesto fundamental del contrato social (la paz), el Estado puede asumir plenamente su papel de “gendarme”, de simple agente conservador de la estabilidad social.

Sin embargo, se anota que también en el segundo proceso –aquél de consolidación de sus ciudadanos como nacionales- tuvo participación el ejército, primeramente indiferenciado de la policía, siendo el medio a través del cual el Estado comenzó a ejercer su dominio frente a los ciudadanos, regulando los

espacios de *libertad sin límite* de que gozaban los asociados antes del pacto, y que en el desarrollo posterior de ese proceso, que es el estado social, ha tenido el efecto de hacer que todos aquellos espacios que otrora se consideraban privados, se vayan volviendo de *interés público*, acrecentando el nivel de intromisión del Estado en la esfera de acción de los particulares. Al respecto piénsese, por ejemplo en el derecho de familia, cuyo objeto se ha vuelto de especial regulación, vigilancia, e intervención por parte del Estado, toda vez que se considera la célula fundamental de la sociedad.

Ello refleja que, en esencia, la historia del constitucionalismo europeo, como la del nuestro son, en últimas, relatos sobre los procesos de monopolización de la violencia por parte de los Estados, que si bien se han desarrollado con dinámicas diferentes, y en la fecha tienen distintos niveles de desarrollo, han tenido que buscar el mismo fin, de constituirse y legitimarse como únicos administradores de la fuerza en la sociedad.

Sin embargo, esta forma de Estado Liberal clásico, presuponía la igual garantía a la libertad de todos los ciudadanos, así como también su capacidad de auto-sostenimiento económico, sin el cual, en el plano de los hechos, es imposible la realización de ninguna forma de libertad¹⁴⁰. Por ello la necesidad y la presencia de la policía en esta etapa son mínimas, pues la intervención necesaria por parte del Estado para mantener el orden económico y social también es mínima. Esto se relaciona con que se piense en la ley como único fundamento válido para la intervención de la autoridad en la vida de los ciudadanos, aceptando ésta como una necesaria e irreductible intromisión en sus vidas privadas para lograr el efecto de la convivencia ciudadana.

La crisis que acompañó a esta forma estatal, y que consistió en la constatación de su imposibilidad para facilitar el desarrollo de las libertades individuales de sus asociados, por la carencia de los medios económicos para su ejercicio pleno, obligó a que éste ejecute acciones tendientes a hacer realidad los presupuestos necesarios para materializar las libertades y la igualdad de los ciudadanos, igualdad que ya no sólo podía ser ante la ley, sino además ante la vida.

¹⁴⁰ Al respecto, OROZCO ABAD, y GOMEZ ALBARELLO, hacen una lúcida reflexión sobre cómo los derechos fundamentales pueden ejercerse como libertades individuales o pueden convertirse en fines de realización objetiva, de acuerdo con las condiciones sociales del ambiente en el que se apliquen. Cita como ejemplos los derechos fundamentales que se gestaron en la revolución norteamericana, que fueron producto de una relativa paz entre los asociados, y cuya finalidad era esencialmente la de preservar un orden económico alcanzado por la sociedad; y en contraste con este fenómeno, cita la visión de los derechos de la Francia revolucionaria y post-revolucionaria, la cual por estar en medio de una guerra civil y una pobreza profunda, concebía los derechos fundamentales como valores que debían realizarse para toda la comunidad, y con ello su sola consagración normativa se interpretaba como capaz de transformar la sociedad. “*El tipo de función, libertaria o autoritaria, que cumplen los derechos objetivos de prestación y su relación de complementariedad o de conflicto con los derechos libertades y aún de transformación y de sustitución estructural de los unos por los otros, depende, pues, antes que nada, del grado de realización de sus premisas empíricas básicas: de sus presupuestos remotos de paz negativa –v.gr. no guerra y soberanía-, y de sus presupuestos inmediatos de autarquía y relativa igualdad –v.gr. de paz social-.*” Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., págs. 164, 165.

De ahí se siguió el fundamento de las teorías del intervencionismo de Estado, y también del cambio a la fórmula de Estado Social de Derecho, con la finalidad de hacer la necesaria redistribución de la riqueza que permitiera el goce de las libertades formalmente consagradas en la ley. Por ello, se concluye que el modelo Social de Derecho es hijo legítimo, desarrollo posterior del Estado Liberal de Derecho clásico, y no tiene nexo alguno con formas estatales autoritarias.

Como consecuencia de ello, el Estado Social ha visto un incremento considerable de sus obligaciones de cara a las modernas sociedades de riesgo, en contraste con sus escasas herramientas técnico-administrativas, lo cual, sumado a eventos de terrorismo y delincuencia organizada, narcotráfico y contrabando de armas, entre otros, ha terminado encauzando al Estado Social en una senda que lo convertirá en la antítesis de su antecesor el Estado de Derecho, antes que en una forma más progresista de él.

Retomando el tema de la paz como presupuesto obligado para la vigencia del modelo de estado de derecho, hay que resaltar que al contrario de lo acontecido en Alemania, como consecuencia de esa experiencia de guerra constante que se ha vivido en nuestro país, se presenta una posición dominante que considera que los cuerpos de seguridad –léase policía, milicia y cuerpos de inteligencia- tienen un único enemigo: el delincuente, quien es una amenaza contra la existencia misma del Estado. Esta confusión entre los ámbitos de riesgo internos y externos del Estado nacional es la que se dice ha dado lugar a que Colombia no tenga una formulación de política criminal clara, que deslinde el confrontamiento de los verdaderos riesgos criminales internos que amenazan a la sociedad colombiana, de aquellos que amenazan al Estado como figura jurídica de derecho internacional.

La confusión se hace más difícil de resolver cuando la lucha contra la criminalidad nacional vista en todas sus formas, se hace al amparo de teorías extranjeras (v.gr. funcionalismo, que en el fondo no es más que una manifestación de eficientismo penal), especialmente europeas, que tienen su razón de ser en el concepto de la “sociedad de riesgo”. Lo que no se toma en cuenta es que los peligros que caracterizan la “sociedad de riesgo” latinoamericana no son los mismos que caracterizan las “sociedades de riesgo” europeas. Efectivamente, mientras que los principales riesgos que amenazan la existencia de las sociedades europeas son derivados del ejercicio de tecnologías de avanzada, posibles catástrofes globales y crisis de la seguridad social, y a ellos refiere el término “sociedad de riesgo” en sus contextos, los riesgos de nuestra sociedad son contra la propia existencia y dignidad de sus asociados, motivados en la guerra civil constante, de corte revolucionario y narco-terrorista.

Estas comparaciones son de utilidad para diferenciar no sólo los contextos, sino también los fundamentos y los alcances que tienen en Europa los modernos términos: “Estado de Seguridad” y “Prevención”, de los que se alimentan sus sistemas penales, frente a los que debemos entender en nuestro país, sin

sobredimensionarlos, y en todo caso, sin reducirlos simplemente al uso de la violencia por parte del Estado, puesto que en su nacimiento designan términos casi siempre diferentes, pero en todo caso más complejos, más ambiciosos que la simple legitimación del aparato bélico y penal del Estado para solucionar los conflictos sociales que están en el fondo de la violencia nacional.

Si como hemos señalado, la dificultad para la aplicación de las teorías europeas sobre prevención en Colombia, radica en nuestro especial contexto de violencia, el fondo del problema radica en el concepto de soberanía, el cual remite a hechos, y no se puede analizar desde el plano normativo. Siendo la soberanía esa capacidad que tiene un Estado para elevarse como supremo poder dentro de un territorio, la consagración o no de ese concepto en una norma, resulta irrelevante toda vez que, como hemos señalado, excede a las capacidades del plano normativo pretender darse el sustento para su propia aplicación.

Por ello la soberanía no puede ser garantizada por la norma, ni ésta puede pensar en realizarla, porque el poder realmente ejercido por el Estado es condición necesaria para la vigencia y efectividad de un ordenamiento jurídico, y la relación no es a la inversa. Esto es, el papel de la norma dentro del Estado de Derecho es el de barrera, el de límite a ese poder ya existente del Estado en el territorio y por el cual es posible la existencia y aplicabilidad del Derecho. Vale la pena aquí recordar el modelo de ordenamiento jurídico que construye HART¹⁴¹, en el que ve al derecho como órdenes respaldadas por amenazas, precisamente las amenazas que sólo puede cumplir el Estado gracias al despliegue de poder que puede hacer.

Por ejemplo, la Constitución Colombiana de 1991 es un claro ejemplo de que la soberanía, como acto de poder que es, bien puede superponerse a la normatividad. Ella no nació respaldada por un acto jurídico, sino sólo por el hecho de que el movimiento de la *séptima papeleta* logró demostrar su aceptación dentro de la sociedad. El acto de poder se sobrepuso a la carencia de una norma constitucional que avalara a la *séptima papeleta* como mecanismo de reforma a la carta política vigente desde 1886.¹⁴²

De ahí que el concepto de soberanía sea una derivación de aquél de Estado de Derecho, en la medida en que éste supone la existencia de actos de poder efectivos desplegados por el Estado, que hacen posible la vigencia del orden

¹⁴¹ HART. H.L.A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, traducción de Genaro R. Carrió. 1968 (2ª). Edición original de 1961.

¹⁴² En sentido análogo, bien puede verse como una manifestación del acto de poder que implica el ejercicio de la soberanía, lo consagrado en el artículo 59 Transitorio de la Constitución de 1991, el cual prescribió que “*La presente constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno.*” Con ello en el fondo se reconoce que la actividad judicial sólo puede concebirse como subsidiaria de aquellos actos de poder que hacen posible la obligatoriedad de sus fallos, sin que ésta pueda subvertirse en contra del pacto ciudadano que le dio origen. Entonces, la *norma fundamental* a que aludía KELSEN cuando indagaba por el fundamento último de un ordenamiento jurídico no era en manera alguna esa construcción lógica que invocaba una suerte de sentimiento de obligatoriedad por medio del cual todos los ciudadanos nos comprometemos a respetar el pacto originario, sino sólo la manifestación de un poder de facto que logra imponer ese orden jurídico inicial que es la Constitución.

jurídico. Y a su vez, la producción de leyes sólo se hace a través del mismo acto de soberanía que se representa en el parlamento y que tiene como fin establecer las reglas para hacer sólo la intervención que sea estrictamente necesaria en el ejercicio de las libertades individuales, a fin de mantener un orden social.

Si, como hemos dicho, la soberanía es el ejercicio del poder, la capacidad de imponer una fuerza sobre las demás, y específicamente la capacidad de mantener el orden necesario al interior de un territorio y sobre unos ciudadanos a fin de hacer posible la existencia y aplicación de un orden jurídico, pues podemos afirmar que el estado de derecho todavía guarda en su propio seno una manifestación arcaica y primitiva de los actos de poder desregulados que eran comunes antes de su existencia misma, y que curiosamente en éste Estado ahora tienen un ropaje jurídico: se trata del mecanismo más marcado de ejercicio de poder que contempla el estado de derecho: los estados de excepción.

En efecto, si la esencia de esta herramienta denominada estado de excepción es –aunque parezca paradójico–, suspender la vigencia del orden jurídico con la finalidad de restablecer, por la vía de la fuerza, la paz y el orden perdidos, precisamente para posibilitar la propia vigencia de la ley en el futuro, pues encontramos que estos estados de excepción son precisamente el lado opuesto del derecho.

Entonces, la fuerza, el ejercicio de la soberanía interpretada en sentido lato, no puede ser pensada jamás como un fin en sí mismo, sino sólo como un medio para realizar los fines a los que apuntan las normas legales; y menos aún en disciplinas jurídicas como la del derecho penal, o la misma política criminal, toda vez que estas, por esencia son métodos para establecer límites y garantías frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo, motivo por el cual no pueden ser convertidas en subsidiarias de aquella, por que el dominio estatal sobre los ciudadanos es un *presupuesto de eficacia* de la ley, ya está dado, y hay que limitarlo, justamente, a través del derecho.

La dificultad se hace mucho más notoria cuando ese discurso básico de poder vs. límites se enmarca en el modelo constitucional de un Estado Social de Derecho, por que esta nueva estructura le agrega mayor complejidad al problema existente en el mero estado de derecho, al contener a la vez, dentro del texto de sus Cartas Políticas, la obligación para el Estado de preservar las libertades de los asociados, y también, unos valores y principios que le permiten (y en muchas ocasiones se cree que le obligan a) hacer efectivos derechos prestacionales, y también a realizar sus propios presupuestos de existencia: el orden y la seguridad internos.

Esta es la tensión que en última instancia debe tratar de sobrellevarse en su justa medida, sin que los principios en tensión se vean mayormente afectados cuando los distintos poderes del Estado deben tomar sus decisiones, y en mayor medida cuando los Tribunales Constitucionales aplican las técnicas de sopesamiento de

principios (entre derechos de libertad y derechos prestacionales, o entre los primeros y los valores que permiten la existencia misma del Estado).

Pero para poder dimensionar claramente el alcance de la tensión, hay que recordar que el Estado social es un desarrollo del estado liberal, y su razón de ser es la redistribución de riqueza. Éste lleva en su propia naturaleza el respeto por las libertades individuales en la misma medida y grado que el estado liberal del cual se deriva. Por ello no puede pensarse en su funcionalización como mecanismo de poder para conservar el orden y/o hacer realidad los presupuestos de existencia del estado de derecho, aún en contra del respeto debido a las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, si contra la lógica correcta se pensara que el estado social puede atentar –incluso a través de las formas de ponderación o flexibilización- contra los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta que ese uso de la fuerza no sólo está en capacidad de restringir aquellos, sino que puede atentar gravemente en su contra, gracias al arsenal de instituciones y de recursos de que está jurídicamente provisto para intervenir en las libertades individuales. Por eso, el Estado Social puede resultar todavía más peligroso que otras formas como la del mismo estado absolutista o de bienestar.

Entre todos los recursos para hacer intervención que posee el estado social podemos contar a la misma jurisprudencia de sopesamiento de principios, cuyo uso magnificado se hace necesario para la realización de los derechos prestacionales¹⁴³, por lo que la aplicación de estas *cartas de triunfo del individuo contra la sociedad* está en crisis. Y está en crisis también porque esta forma de ejercicio judicial comporta fácilmente un giro hacia convertir los derechos subjetivos, cuya noción es la de libertades susceptibles o no de ser ejercidas, en valores objetivos de obligatoria realización, e incluso en contenidos cuyo sentido no corresponde ser determinado a su titular, sino al estado o la sociedad.

Esta forma de objetivación de los derechos subjetivos, y también la obligatoria materialización de los derechos de prestación vistos como funciones del Estado, posibilitan en gran medida el uso de las instituciones estatales para su protección, pero ese uso también puede caer en exigentes pretensiones de que el estado sea eficiente en ello, con lo que las miradas pasan a centrarse directamente sobre el sistema penal represivo, facilitando que éste se ponga en riesgo de ser funcionalizado al servicio de objetivos distintos de imponer sanciones por la violación de bienes jurídicos, a través de figuras tendientes a la prevención más que a la sanción. Y ya en la jurisprudencia alemana sobre derecho penal se avizoran muchas manifestaciones de ese afán por la eficiencia que finalmente

¹⁴³ Es lo que en otros términos se suele llamar *activismo judicial*, de gran aceptación dentro del modelo del autodenominado *nuevo derecho*.

termina sacrificando derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁴⁴.

La conclusión de convertir los valores constitucionales y aún los derechos subjetivos en valores objetivos de obligatoria realización por parte del Estado conlleva a que ellos se conviertan en obligatorios también para los particulares, y nace así la obligación para el legislativo de penalizar los comportamientos de los asociados que no se allanen a cumplir ese proyecto común y no individual contenido en la Constitución. Así, en contextos como el nuestro, en donde fácilmente se piensa en el derecho penal como mecanismo idóneo para realizar los presupuestos de paz del estado de derecho que no han sido realizados, el individuo pierde sus libertades naturales y pasa a ser considerado más como un funcionario que como un ciudadano. Ahora bien, los pronunciamientos constitucionales que avalan la existencia de un tipo penal con fundamento en la realización de valores contenidos en la ley superior¹⁴⁵, terminan descartando el debate de lo delictivo como fruto de unas específicas circunstancias sociales, de la contingencia propia del juego de las mayorías que en cada época histórica deciden considerar como punible una u otra conducta, y pasan a reconocer una cierta *ontología* de conductas delictivas que el legislador debe sancionar por ser contrarias a los contenidos de la Carta Superior, y como consecuencia de ello, el delincuente es visto como un paria, alguien que no comparte el consenso establecido en el nivel constitucional, y por lo tanto se asimila a un traidor por naturaleza.¹⁴⁶

Esta objetivación de los valores constitucionales, fruto de una interpretación de ésta como un derrotero, antes que como un marco, terminan reflejándose en el derecho penal como una subordinación de las garantías sustantivas y procesales a la eficiencia del sistema para hacer prevención general y especial, lo que en últimas es el triunfo de la voluntad, de la autoridad¹⁴⁷, del poder; sobre la razón, la verdad y los derechos individuales.

¹⁴⁴ “La autorización para la utilización de diarios íntimos en relación con una violación..., la confiscación de material fotográfico conseguido por una programadora de televisión, con el fin de perseguir eficientemente a manifestantes violentos..., la limitación del contacto de procesados acusados de terrorismo con sus defensores etc., con miras a evitar que se afecte la eficiencia de la investigación.” Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 91.

¹⁴⁵ V.gr: Corte Constitucional Sentencia C – 069 de 2004. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, en la que se indicó que el delito de secuestro no podía ser objeto de los beneficios propios de la delincuencia política, toda vez que la Carta Constitucional impone el respeto por la dignidad humana, valor que no puede ser relativizado frente a ningún objetivo.

¹⁴⁶ Como lo señalan OROZCO ABAD y GOMEZ ALBARELLO: “Estos –los delincuentes políticos- se encuentran en una situación de asimetría jurídica frente al Estado puesto que recurren a un medio no permitido en la lucha política: la violencia, y con sus acciones, atentan contra el marco legal democrático. Pero no por ello están en una situación de asimetría moral. En una democracia pluralista, el reproche al delincuente político recae sobre sus acciones y medios, en particular, sobre el uso de la violencia como medio de acción política, no sobre sus intenciones. Ellas están amparadas por el pluralismo. La ventaja sistémica de la democracia pluralista sobre la confesional radica justamente en el hecho de que todas las posibilidades de organización social permanecen, por decirlo de algún modo, en remojo, latentes y se activan en función de la formación de mayorías políticas.” Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., págs. 241, 242.

¹⁴⁷ Cfr. ibídem, capítulo I, cuando al desarrollar desde la teoría del garantismo los conceptos de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, se habla de relaciones inversas entre la autoridad para expedir la ley penal y la verdad procesal en la que se funda una decisión judicial declarativa de responsabilidad penal.

Por el contrario, en el contexto del estado liberal clásico de derecho, el derecho penal es límite al poder y no el brazo por medio del cual el estado ejerce su poder represor, como es el escenario que posibilita el estado social de derecho, y que se ve potenciado por circunstancias empíricas de guerra civil como las vividas en nuestro país.

Pero ese riesgo de ejercicio de poder represor deviene de las circunstancias específicas en que se aplique el modelo de estado social de derecho. En Colombia, la guerra no es una amenaza, no es una posibilidad, sino un escenario real que ofrece peligros por igual a todos los ciudadanos, por que provienen tanto de la guerrilla como de los paramilitares, la delincuencia común y hasta estuvo presente como una amenaza real contra el estado y la sociedad gracias al fenómeno del narcoterrorismo de la década de los 80 y principios de los 90.

Esta vivencia diaria de la violencia genera un sentimiento general de descontento y de ánimo de venganza privada entre los ciudadanos, que termina por deslegitimar aún más el aparato de justicia y los cuerpos de seguridad. Y la reacción corriente frente a este sentir de la ciudadanía es la de reclamar eficiencia hacia todas las instituciones y autoridades, e incluso éstas mismas también lo piden, contando entre las instituciones al derecho penal. Es lo que podríamos llamar como las creencias sociales en las que se legitima el eficientismo.

En cambio, en Alemania las situaciones de amenaza en contra de los bienes jurídicos que pueden representar los grupos delincuenciales son mucho menores que las que representan para Colombia sus propios delincuentes, de ahí que si bien no es en estricto sensu necesaria, en Alemania se legitima en el marco del estado social, una respuesta punitiva de una dureza mucho mayor, más encaminada a generar entre la ciudadanía el sentimiento de seguridad, que a lograr el mito de la prevención general.

Por su parte, la Constitución nacional en su art. 95 núm. 6 impone a los ciudadanos el deber de propender por el logro y mantenimiento de la paz, separando ambos conceptos, y con ello, también reconociendo que el orden jurídico de nuestro país no se funda sobre la estabilidad y la paz, contrario a lo que sucede con los ordenamientos europeos.

Esta doble asimilación de la paz en la constitución nacional, como presupuesto y como finalidad de aplicación de todo el sistema legal tiene implicaciones directas sobre el objeto de este trabajo, al no quedar claro el tratamiento que merecen en lo sustantivo y en lo procesal los enemigos militares del Estado.

“Pero, ¡en fin! La guerra y no el Derecho Penal impone sus reglas, sus ritmos y sus tiempos. Dominado –v.gr: funcionalizado- por la guerra, nuestro Derecho Penal ha terminado por ser, en efecto, y en lo fundamental, un Derecho Penal de Enemigo, vale decir, un Derecho caracterizado por la tendencia -eficientista- hacia la

*asimilación del simple sindicado al condenado –el enemigo no existe al fin y al cabo, sino sólo como condenado-. Así, en tanto que los restos supérstites del garantismo penal liberal –en cuanto no aplicados- se han transformado en una ideología para el ocultamiento de una Política Criminal de enemigo (piénsese, por ejemplo, en el tipo penal hoy cada vez más inaplicable de la rebelión); la guerra misma,...*¹⁴⁸

Es por esto que se ha sostenido que en Colombia la política criminal y el derecho penal han sido reducidos, puestos al servicio de la política de seguridad, lo que hace que nuestra guerra interna se desenvuelva frente a enemigos de Estado, y no sólo frente a delincuentes internos que gozan de una presunción de inocencia; completamente al contrario de lo que sucede en Alemania, donde la política de seguridad es eminentemente social, y comprende también a la política criminal, interpretando al riesgo delincencial como una derivación directa de la inequidad social.

Adicionalmente, este modelo bélico punitivo del derecho penal en Colombia, anclado en la existencia de una guerra constante, se refleja en instituciones de nuestro derecho punitivo como las de los tipos penales abiertos y difusos, cuya finalidad eficientista es la de anticipar la comisión de los delitos, y su consecuencia es la ampliación de los posibles sujetos pasivos del proceso penal, además de la falta de una clara determinación de las conductas típicas en la ley.

De ello también se concluye que la guerra en Colombia, con su correlativa politización del derecho a fin de hacer eficiente éste último en la consecución de la paz, es un fenómeno que puede presentar la doble connotación de arrojar a la vez un escenario en donde la negociación pacífica al conflicto armado tenga menos formalidades, y por ende, pueda ser más eficaz, más fácilmente accesible; pero también arroja la posibilidad de que la práctica de la guerra sea flexibilizada, desconociendo los límites que impone el Derecho Internacional Humanitario, y también el derecho penal de enemigo se dirija hacia múltiples y disímiles sujetos, no siempre todos aquellos que efectivamente empuñan las armas para hacer la guerra.

Vista la forma en que el Estado de Derecho se transformó en Estado Social de Derecho, y el papel del concepto de soberanía en cada una de estas formas, hay que aclarar que una diferencia fundamental entre los modelos está en los derechos fundamentales, cuya caracterización entre derechos libertades y derechos prestacionales se hace a continuación:

¹⁴⁸ Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 112.

CRITERIO	DERECHOS LIBERTADES	DERECHOS PRESTACIONALES
Finalidad	Protección de libertades individuales	Garantizan las condiciones para ejercer la libertad.
Ámbito de protección	Ejercicio de libertades del ciudadano frente al Estado que no requieren sino su voluntad.	Ejercicio de libertades del ciudadano que requieren unas condiciones materiales para su realización.
Fundamento	Una libertad formal y abstracta, desregulada.	Una libertad material, concreta.
Obligaciones	Imponen obligaciones de abstención, de no intervención.	Imponen obligaciones de hacer, deberes concretos para el Estado.
Delimitación de obligaciones	Las obligaciones de abstención son fáciles de enlistar.	Las obligaciones de hacer no son fáciles de enlistar.
Costo	Sus obligaciones implican muy poco, o mucho menos que las de los derechos de prestación.	Sus obligaciones conllevan cargas económicas, muchas veces no fáciles de sufragar.
Exigibilidad	Por sus obligaciones y costos, su realización inmediata es más fácil.	Por sus obligaciones y costos, su realización es progresiva y no inmediata.
Relación Estado - Sociedad civil	Implican la separación liberal entre ellos.	Implican la no separación entre estas esferas.
Forma de intervención del Estado.	Estrictamente determinada en la ley por que se hace a través de la violencia.	Se admite una intervención amplia, pues no comporta su restricción, sino un apoyo a su realización.

De esta comparación se desprende que la estructura y funciones de los derechos de libertad es sustancialmente diferente de aquella de los derechos de prestación, por lo cual la consagración conjunta de ambos tipos de derechos en el orden constitucional del Estado Social de Derecho implica de por sí una tensión. La respuesta a ello parece simple, el estado debe corresponder a un máximo margen de acción en lo social, y a un mínimo margen en lo que corresponde a la libertad individual. Sin embargo, las posibilidades para que esta respuesta simple se invierta al modelo de una intervención máxima en la libertad (y posiblemente un mínimo margen de acción para realizar lo social) son muchas, dado el ambiente de guerra que vive el país. Pese a todo ello, la única forma de realización plausible y armónica de ambas formas de Estado está en la preservación del estado liberal ante las posibles invasiones del estado social, toda vez que al ser éste un desarrollo de aquél, el respeto por las garantías individuales no puede ser sacrificado a costa de ninguna idea o proyecto grupal.

En el específico campo del derecho penal, las únicas intervenciones válidas de talante “social” serían aquellas que propugnen por la realización de los derechos del procesado, como su asistencia por un abogado de oficio si carece de los medios para pagar uno de confianza, las medidas para la asistencia y reparación a las víctimas, etc. Pero todas aquellas intervenciones que con una perspectiva cuasi mística busquen hacer realidad dentro del proceso penal valores constitucionales en abstracto, como la seguridad, el orden o la paz, sacrificando las garantías del procesado y la visión del proceso penal como la construcción -y no el descubrimiento- de una verdad, devienen en riesgos incompatibles con un sistema penal de corte garantista, pues están más cercanos de ver el fenómeno delictivo como una tendencia invencible de ciertos individuos, más que como el producto de unas específicas y determinadas condiciones sociales que generan la comisión del punible.

Y es que los derechos de libertad tienen ciertos rasgos dentro del estado de derecho que no pueden ser funcionalizados en el marco del Estado Social de Derecho. Esto es, su estructura puede verse modificada por una visión de ellos como objetos de realización objetiva, y no como espacios de libertad formal y subjetiva de los individuos. V.gr: se corre el riesgo de ver a la libertad como un marco de competencias que le han sido asignadas al individuo, sin que le sea dable salir de ellas en el ejercicio de su derecho, por lo que es fácil derivar de esta visión unos *deberes* del ciudadano frente al estado, antes que unos derechos de aquél frente a este, invirtiendo así la lógica de los derechos de libertad como límites al ejercicio de la voluntad individual¹⁴⁹. O de ver la libertad como un estanco cuyos contenidos los define el Estado a través del legislador, en lugar de verla como una consagración formal cuya sustancia no está en la ley, sino que su sentido y alcance le corresponde darlo a quien la ejerce.

Es esta posible objetivación de los derechos subjetivos la que pone el culmen al listado de peligros que pueden convertir al Estado Social de Derecho (otrora desarrollo del Estado de Derecho) en un estado eficientista y autoritario, interpretando la Constitución no ya como un marco para el ejercicio de las libertades, sino como un derrotero que todos debemos seguir para hacer realidad un proyecto común, externo y a-individual, abstracto, fundamentado en la moral y no sujeto a crítica. Y las cosas pueden ponerse todavía peor si en un estado de violencia como el nuestro, a esa objetivación de los derechos eminentemente subjetivos, le sigue su jerarquización, de tal forma que se desemboque en una calificación positivista de los individuos entre buenos y malos, según la posición que profesen y el papel que jueguen en la sociedad frente a la realización o no de los objetivos del Estado –otrora derechos subjetivos de los individuos-.

¹⁴⁹ Al respecto, la clásica fórmula de “*mis derechos llegan hasta donde comienzan los de los demás*” es un ejemplo muy ilustrativo de la visión de los derechos subjetivos de libertad como espacios de poder del individuo frente a los demás asociados y frente al mismo Estado, que en principio son desregulados, y cuya consagración legal implica más la posibilidad de limitarlos, de imponerles unos diques, que de darles un sustento legal que les sirva como apoyo o marco para el ejercicio de cada uno de los actos por los que manifiesten su derecho a la libertad.

Ahora bien, frente al derecho penal en particular, el tránsito del modelo liberal al modelo social-autoritario implica modificaciones profundas, v.gr: en la teoría de la pena, cuya función deja de verse como realizadora de justicia o retribución, para pasar a ser considerada sólo como útil o inútil para conseguir la eficiencia del aparato penal para lograr el mito de la prevención general; en la teoría del delito, la responsabilidad deja de centrarse en la culpabilidad del delincuente, para centrarse en la protección de bienes jurídicos determinados, en la vulneración de los márgenes de responsabilidad que la sociedad espera del particular (GUNTHER JAKOBS), asimilando el ciudadano particular al funcionario público; en la antijuridicidad material, dejamos de considerar sólo la protección de bienes jurídicos individuales para pasar a proteger bienes jurídicos colectivos, abstractos, predominando éstos últimos sobre los primeros; la entronización exagerada en la jurisprudencia de sopesamiento de principios de la primacía del interés general sobre las garantías individuales; en la teoría de la separación de poderes se pasa a privilegiar las decisiones jurisprudenciales y administrativas frente al papel representativo del congreso para definir la ley penal, corriéndose el riesgo de que los objetos de tutela punitiva sean definidos por ellos, a través de una suerte de objetivación de los valores constitucionales a proteger, en detrimento de los actos de soberanía que subyacen en la configuración legislativa de la ley penal.

Todo este panorama es una radiografía del riesgo en que puede incurrir el derecho penal al centrarse fundamentalmente en la prevención, antes que en la tutela de bienes jurídicos, y con ello también en la aceptación popular de un derecho penal dirigido a evitar la comisión de punibles, con su consecuente intromisión ilimitada en las libertades individuales de los asociados. Ello terminaría por funcionalizar el ejercicio de las libertades individuales a favor del bienestar o la seguridad, que son conceptos abstractos propios del estado social, lo cual en últimas facilita la aplicación de conceptos peligrosistas, de un derecho penal de autor, antes que uno de acto.

Y una conclusión todavía más peligrosa se sigue de este análisis: para el derecho constitucional, la definición del delincuente político deja de ser, en el marco del estado liberal de derecho –y su modelo de constitución marco-, la de aquel que infringe la ley penal, para pasar a ser la de todos aquellos que con su conducta puedan atentar contra el modelo democrático –que por virtud de la constitución derrotero implica no sólo su respeto, sino su adhesión al programa en ella contenido, para hacer posible la realización del proyecto de bienestar-. Ergo, si una constitución derrotero implica que los asociados deben participar activamente de un proyecto axiológico, se corre el riesgo de que con solo no compartir el proyecto, alguien pueda convertirse en *enemigo de la democracia*, lo cual no sólo aplica para el enemigo militar del régimen constitucional, sino también puede incluir a los opositores e incluso a quienes ejecutan actos de disidencia *dentro de la ley* (la llamada desobediencia civil).

Según la interpretación que se haga de la Constitución –si como marco o como derrotero- se corre el riesgo de acercar más, o incluso de asimilar, los conceptos

de delincuencia política y de desviación. Si la constitución tiene como función la de reducir complejidad, o sea, sacar ciertos temas de la discusión pública, pues todo aquello que quede por fuera de su texto se puede considerar debatible, y por tanto, desregulado. A la inversa, la calificación hecha a alguien como *disidente* puede derivar del no compartir esos contenidos constitucionales que se interpretan como el consenso de todos. Al respecto, es importante resaltar que para sociedades con marcadas diferencias como la nuestra, la cuestión del consenso contenido en el texto constitucional es mejor que no tenga un espectro muy amplio, puesto que se puede esperar mayor aceptación popular de postulados concretos, dijéramos, mínimos, que de aquellos otros conceptos valorativos que sean muy amplios. De lo contrario, es muy fácil que en un contexto específico como el nuestro, de profundas divergencias axiológicas en la población, la cuestión de la disidencia política pueda ser invocada en una cantidad de oportunidades que verdaderamente no lo ameritan, convirtiendo lo que simplemente es una diferencia de opiniones normal con sustento en una posición política específica, pero de todos modos legal o constitucionalmente amparada, en un motivo para tildar a alguien como enemigo del orden constitucional o la democracia.

Por ello, OROZCO ABAD y GOMEZ ALBARELLO¹⁵⁰ sostienen que la mejor recomendación para contextos como el nuestro, de escasa capacidad del estado para ejercer el monopolio de la fuerza y de una marcada fragmentación valorativa en la sociedad, será la de configurar el concepto de delincuencia política en torno a la agresión al contenido mínimo de la democracia que debe ser defendido a toda costa: el cual es la igualdad de oportunidades para todas las posiciones políticas, a efectos de que puedan constituirse como mayorías en el poder. Sólo con una concepción como esta, que comporta el igual respeto por todas las ideas, se puede disminuir el juicio de reproche moral al delincuente político, y de acogerse a las reglas de la democracia, nos permite acercarnos a él, aceptándolo más como un contradictor, que como un enemigo de ella –o del proyecto que compartimos todos en aplicación de ella-.¹⁵¹

¹⁵⁰ OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit.

¹⁵¹ “Las consecuencias de este planteamiento para el tratamiento de la ‘desviación’ política están a la mano. La Democracia Pluralista excluye la discriminación moral de los comportamientos políticamente desviados. Ella exige, más bien, siguiendo la pauta liberal decimonónica, continuada en el nuevo Pluralismo y en la nueva pasión constitucionalizada por lo diverso, que caracteriza la Constitución de 1991, un ‘tratamiento privilegiado’ de la desviación política. Al fin y al cabo, también los proyectos de sociedad y de Estado elaborados por los ‘heterodoxos’ –como tales caracterizaba Radbruch a los delincuentes por convicción- constituyen alternativas político-ideológicas que deben ser conservadas en remojo, de manera que se mantenga el espectro más amplio posible de las mismas para la toma futura de decisiones, en el juego de las mayorías y las minorías.” En: OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., págs. 185, 186. Nótese cómo, en esta cita se ve que la valoración al plan ideológico de Estado y de Sociedad que subyace el proyecto del delincuente político es una valoración neutra, que no por ser hecha por quienes comparten los contenidos axiológicos de nuestra Constitución de 1991, tiene que hacerse en forma discriminatoria o descalificatoria hacia otros proyectos políticos. En efecto, con esta posición se reconoce que en el plano valorativo no hay jerarquías, no hay verdades absolutas, sólo posiciones susceptibles de ser defendidas sin que *ab initio* ellas sean buenas o malas. En fin, es una posición que comprende que las ideas de los delincuentes políticos no pueden ser juzgadas desde la específica escala axiológica de quienes obedecemos y compartimos el régimen constitucional y legal vigente, aunque ello no implique que sus conductas no deban ser penalizadas, ya que por encima de todo, buscan atentar contra un orden legal, compartido en mayor o menor medida. De ahí el fundamento del trato punitivo benigno a quienes incurrir en el error de emplear las armas para defender sus ideas.

Entonces, retomando el tema de la sentencia de la Corte Constitucional que nos ocupa, se reitera, ella no es más que un reflejo de la concepción nacional, si bien no explícita, pero sí muy práctica, que ve en el delincuente un peligro en abstracto contra la existencia misma del Estado, y hasta contra la sociedad vista en conjunto. En específico, se deduce que la Corte considera al delincuente político como un “enemigo” más, que amenaza la existencia de las instituciones, desconociendo que su naturaleza es no más que la de un “desviado” frente a los valores imperantes, cuyo accionar no amenaza la existencia misma del Estado Colombiano, sino sólo la del *estado que conocemos*.

Lo que vale la pena mencionar, es que en manera alguna la Corte ha pretendido emitir una sentencia abiertamente contraria a derecho, o políticamente indefendible, lo que se ve es que su posición es, en últimas, la toma de partido a favor de algunos valores constitucionales, agravando algunas garantías penales. Está, dijéramos, apoyada en la *cara social* de la Constitución, desconociendo su *cara liberal*, y dando paso a la realización de uno de los peligros señalados por OROZCO ABAD y GOMEZ ALBARELLO¹⁵², en esta forma de interpretación de la Carta Constitucional: la lucha por vía jurisprudencial en contra de los enemigos de la democracia, haciendo ello parte de la respuesta autoritaria del Estado frente a la no realización de la paz y la seguridad al interior de sus fronteras, en contravía del respeto por las garantías fundamentales. Los autores lo identifican en estos términos:

“En esta hipótesis, y desde una perspectiva de defensa de las instituciones demo-liberales que consagra la Carta de 1991 en su intención fundamental, entendemos que son por lo menos 4 los mayores peligros asociados a la instrumentalización autoritaria y represiva de la Constitución, a saber:

...

3. *La utilización del método interpretativo jurisprudencial del sopesamiento de principios para favorecer la prevalencia general de la eficiencia militar, policiva y punitiva sobre la vida y los demás derechos y garantías individuales de libertad, e instaurar un Gobierno de Jueces, o una Dictadura del Ejecutivo legitimada por los jueces, y*

4. *La transformación de la Constitución y del Derecho Penal en un credo –religioso, político o moral- para separar a los ciudadanos en buenos y malos; y de cara a la guerra, para apuntalar la distinción entre amigos y enemigos.”*

¹⁵² Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 59.

De la misma manera, esta sentencia puede interpretarse como un intento por buscar la *eficiencia* de las instituciones estatales, y entre ellas también de la jurisprudencia constitucional y el derecho penal, para luchar en contra de la delincuencia. En efecto, la Corte se apoya en algunos valores de raigambre constitucional, como la paz y la seguridad, para desprender de allí la obligación para el Estado, de ser eficiente en la lucha contra la delincuencia política. Todo ello con una pretensión -soterrada- de ganar a favor del Estado, parte de la legitimidad perdida, aprovechando la impopularidad de los grupos armados ilegales frente a la ciudadanía.

Se deriva de lo anterior que la sentencia desconoce a la eficiencia en su justa medida, esto es, sólo como un valor relativo, sujeto a su capacidad de garantizar derechos fundamentales; y lo eleva a la categoría de fin en si mismo, valiéndose de su consagración reiterada en la Constitución como uno de los principios y deberes de la administración pública.

“La ineficiencia efectiva de los aparatos de seguridad como incapacidad para garantizar la paz y la seguridad –como presupuesto empírico necesario para la vigencia del Estado constitucional de Derecho-, pone en movimiento, por parte del Gobierno, en el escenario político y de opinión preparado por la hegemonía del concepto, una dinámica eficientista de producción autoritaria –agenciada por el Congreso como legislador ordinario y por el Gobierno como legislador de excepción- de sus propias condiciones previas de existencia, la cual es avalada y estimulada por la Corte Constitucional, a través de una jurisprudencia constitucional de sopesamiento de principios represiva, apuntalada sobre una lectura confesional y combativa de los valores de la democracia y sobre una interpretación autoritaria del Estado Social en los términos de una afirmación de la prevalencia –estructural- del interés general que subyace a los imperativos de eficiencia –preventiva y represiva- en el ámbito de las funciones militar, policiva y punitiva, sobre el interés particular que acompaña a las libertades individuales. Es, pues, el escenario virtual de la guerra total militar, policiva y judicial-punitiva contra la delincuencia, en general, y contra los enemigos –reales y presuntos- de la democracia, en particular.”¹⁵³

Como se ve, la respuesta que la Corte Constitucional propone frente al delito de rebelión en Colombia, no está totalmente de acuerdo con los principios que informan la Constitución Nacional, así como tampoco con nuestra tradición jurídica que, por respeto a ese valor de la tolerancia frente a la disidencia política, y especialmente al mucho más exigente valor de la tolerancia frente a la disidencia

¹⁵³ Cfr. OROZCO ABAD, Ivan, y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Op. cit., pág. 63.

armada, había venido siendo la respuesta por excelencia de los órganos judiciales frente a la rebelión.

Vista así la sentencia, termina imponiendo una práctica que encuadra perfectamente en lo que SOTOMAYOR entiende como un “*sistema penal paralelo*”, el cual es aquel que, amparado en excusas de orden público o especiales condiciones sociales que “*lo ameritan*”, escapa a los principios fundadores del derecho penal sustancial y procesal.¹⁵⁴

Cierto es que no es nuestra posición la de promocionar o avalar la consecución del poder mediante el uso de las armas, sin embargo, una posición constitucionalmente sustentable y axiológicamente correcta sólo puede mantenerse frente al tema de la judicialización de esta conducta si se busca ver su comisión con extremo respeto, tomando una distancia prudente que nos lleve al relativismo axiológico, para, desde ese punto, darle importancia a las razones por las cuales el delincuente político pone en marcha su actuar.

Ello no quiere decir, obviamente, que una posición neutral frente al tema de los delitos políticos, y, más concretamente frente a sus conexos, nos lleve a aceptar como legítima cualquier actuación desplegada por los rebeldes para la consecución de sus fines. En efecto, una cosa es el relativismo axiológico como técnica de interpretación y entendimiento del delito político, y otra muy distinta es la confusión total entre los planos de la realidad y lo valorativo que lleve a legitimar cualquier actuación de los grupos armados ilegales.

Tal posición no sería más que una vulgar confusión entre los medios y los fines, que no distaría en mucho del apoyo a los regímenes totalitarios que ha conocido la humanidad, mismos que encarnaron la mejor forma de *relativización* del ser humano ante otros fines externos a la razón de la existencia del Estado: la satisfacción de las necesidades y la consecución de la felicidad del propio ser humano.

¹⁵⁴ En efecto, SOTOMAYOR señala que en Colombia se pueden distinguir tres sistemas penales, que funcionan al tiempo, superpuestos unos sobre los otros, o encubriéndose entre sí. Ellos son: a) el *sistema penal ordinario*, que es aquel que oficialmente se conoce, el que contiene todos los principios enseñados en las facultades de Derecho, y que está plasmado positivamente en todas las normas penales recogiendo la tradición jurídica ilustrada que defiende principios como el de legalidad, lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc. b) *sistema penal paralelo* “es aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del sistema penal ordinario y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como “excepciones” a los principios de los cuales se dice partir. Aunque siendo estrictos habría que utilizar esta categoría en plural y no en singular, en mayor o menor grado tales sistemas paralelos se autojustifican frente al sistema ordinario como “sistemas de emergencia”; característica principal es su ruptura con los principios informadores del derecho penal moderno, motivo por el cual la denominada “legislación de orden público” constituye el mejor ejemplo.” Y, c) *sistema penal subterráneo*: que es aquella forma de control social que, amparada en una supuesta legalidad, se ejerce en forma ilegal, ya sea por los mismos órganos del estado, o por los grupos “paramilitares”, cuya función es, en últimas, la misma que la del Estado: defender la institucionalidad, pero haciendo acopio de mecanismos realmente terroristas, realizando en toda su dimensión aquél desafortunado aforismo que reza “*el fin justifica los medios*.”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit. Pág. 107.

Finalmente, esta *aceptación parcial* de algunas conductas conexas a la rebelión que es posible subsumir dentro de ella, y consecuentemente excluirlas de pena, pasa por una aplicación de la Constitución Nacional como fundamento y límite de la acción del poder público, que entendido para este preciso caso, es el poder jurisdiccional.

En otras palabras, la exclusión de pena para los delitos conexos a la rebelión no puede atentar contra el núcleo esencial de la Constitución, entendida como las reglas de juego mínimas sin cuyo respeto el juego de la democracia pierde todo su sustento, y por ende, el perdón mismo derivado de la concepción democrática y pluralista contenida en la Carta Política que se concede a los rebeldes, carece de sentido.

Por ello, una concepción del tratamiento penal frente al delito de rebelión en Colombia como la planteada por la Corte Constitucional en la sentencia analizada, desdibuja la distinción entre el delincuente político y el delincuente común que ha sido una constante en la tradición jurídica colombiana. En efecto, esa distinción de fondo que ha sido planteada por la legislación entre delito político y delito común, fundada en el móvil ideológico altruista del que comete el primero frente al interés mezquino y puramente criminal del que comete el segundo, queda por completo desconocida por la sentencia de la Corte, y con ello, también el fundamento para ese trato punitivo benigno de que era acreedor el agresor político.

Con fundamento en que el sistema democrático excluye la lucha armada, la Corte proscribe, por vía jurisprudencial las formas de resistencia política a través de la comisión del delito de rebelión. En esa medida, desconoce aquello que es el fundamento mismo de la distinción entre ambas clases de figuras delictivas, cual es el relativismo axiológico de que se ha hablado, lo cual deviene en un sofisma ya que, en últimas resulta juzgando severamente, desde su propia y particular visión del estado, la posibilidad de lucha por que otras formas del mismo sean posibles.

Ello a todas luces resulta autoritario, puesto que visto en el fondo, el tratamiento benévolo del delito político era un reconocimiento tácito del sistema democrático de que no posee verdades absolutas, ni una escala de valores acabada, y, en esa medida, esa punición menor a las formas de lucha armada para constituir otra forma de estado resultaba la aceptación de que, por una parte, el estado está al servicio de los ciudadanos, no siendo un fin en si mismo susceptible de respeto *per se*, y por el otro, de contera, que toda propuesta de cambio merece ser considerada en obediencia a las mismas reglas democráticas.

Concebir lo contrario es abrir la puerta a las "*razones de estado*" al momento de judicializar el delito de rebelión, dándole a éste un realce que en si mismo no

merece, toda vez que su existencia, como también la del régimen democrático está subordinada a la satisfacción de los intereses de los ciudadanos.¹⁵⁵

Sostener una posición como la que en su momento sostuvo la Corte frente a la rebelión es, en últimas, un reflejo de lo que FERRAJOLI denomina genéricamente “modelos de derecho penal autoritario”¹⁵⁶, uno de los cuales es el *objetivista*: aquél que escapa en la judicialización de los delitos, a la comprobación de la intencionalidad del delincuente, mostrando una judicialización según los mandatos de la responsabilidad objetiva, privilegiando la defensa social como fundamento para la aplicación de la pena, relegando a la irrelevancia “*los nexos de causalidad y de imputación que enlazan reo y delito*”¹⁵⁷, que es propio del principio garantista de la culpabilidad, de obligatoria observancia al momento de hacer el juicio de responsabilidad frente a un punible.

Al respecto, FERRAJOLI sostiene:

*“ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”*¹⁵⁸

También es importante resaltar que la sentencia de la Corte termina haciendo del delito de rebelión una norma de imposible cumplimiento, toda vez que no hay rebelión posible sin la vulneración adicional de otros bienes jurídicos distintos al

¹⁵⁵ Argumentando en contra de la falacia normativista que heredan las modernas “razones de estado”, que excluyen el derecho de resistencia de sus ordenamientos jurídicos en virtud de la consagración formal de derechos y de garantías a los mismos, hecho que –en su decir– hace innecesario, y por tanto ilegítimo el uso de las vías de hecho, y destacando el papel meramente contingente, y a posteriori de la legitimación del modelo democrático, como también del estado de derecho, FERRAJOLI cita a KANT como partidario de esta falacia. El ilustre maestro nacido en Königsberg ha dicho “*Contra el supremo legislador del estado no puede haber ninguna oposición legítima por parte del pueblo, por que sólo gracias a la sumisión de todos a su voluntad universalmente legisladora es posible un estado jurídico; por ello no puede ser admitido ningún derecho de insurrección (seditio), todavía menos de rebelión (rebellio) y aún menos que todo de atentados contra él como individuo (como monarca) bajo el pretexto del abuso de poder (tyrannis).*” En: Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. Pág. 811.

¹⁵⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. págs. 99, 100.

¹⁵⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. pág. 100.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. pág. 487. Al respecto hay que aclarar que el esquema del juicio de responsabilidad del que parte FERRAJOLI es el de la dogmática clásica, toda vez que ve inmersos en la culpabilidad, como sus formas, al dolo y a la culpa: “*Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción –que corresponde a la alemana de Schuld y a la anglosajona de mens rea– puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a)... c) la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque si previsible.*” Frente a ello hay que observar que para el caso particular que nos ocupa, preferimos asirnos a las tesis del Finalismo del alemán Hans Welzel, no solo por que se aviene mejor al específico objeto de este trabajo al considerar la voluntad final del actor desde la misma sede de la tipicidad, sino por que el cambio que su planteamiento comporta en la dogmática al trasladar el dolo y la culpa al estanco de la tipicidad, dejando de ser lo que antes eran sólo formas de la culpabilidad, no altera el fondo del asunto, ni la solución que aquí se plantea, pero si retoma más realmente desde el mundo de los hechos, la sucesión de pensamientos y actos desplegados para la comisión de un delito.

régimen constitucional y legal. Ello, al decir de FERRAJOLI convierte a la norma penal en inútil, y por tanto en un elemento contrario al garantismo penal¹⁵⁹. En sus palabras:

“El principio de culpabilidad sirve para evitar ambos parasilogismos, tanto el determinista, que desvincula el hecho delictivo de la culpabilidad, como el indeterminista, que desvincula la culpabilidad del hecho delictivo. Y puede ser configurado como un principio normativo que impone una estructura regulativa a las prohibiciones penales de las que requiere: a) que lo prohibido por éstas sea la comisión o la omisión de una acción, y no un status o una condición de vida del sujeto; y b) que, ex ante, sean posible la comisión o la omisión de la acción cuya comisión y omisión se prohíben. De hecho, como veremos, una forma penal, en cuanto regulativa, sólo está sintácticamente bien formulada si admite aleticamente tanto la posibilidad de que ocurra como la posibilidad de que no ocurra lo que describe, mientras que estará mal formulada si queda excluida una de estas dos posibilidades. Por ello, la tesis deóntica ‘Ticio había debido actuar de otro modo’, que encierra el juicio de culpabilidad, supone, lógicamente, la tesis aletica de que ‘habría podido actuar de otro modo’, y no las de que ‘habría podido ser de otro modo’ o ‘no habría podido actuar de otro modo’.

“Todo esto puede expresarse afirmando que una norma penal, como cualquier otra norma regulativa es sensata (además de bien formulada) sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido (además de estar mal formulada) tanto si no es observable como si no es violable. Es igualmente insensato prohibir u ordenar ser o no ser de un determinado modo (Por ejemplo ‘peligroso’, ‘subversivo’ o ‘enemigo’, o, por el contrario, ‘inocuo’ o ‘leal’), o bien respirar o no respirar durante una hora: esto es, prescribir un modo de ser, y no de actuar, o un comportamiento necesario o imposible. Tanto la necesidad, como la imposibilidad aletica de lo que se ordena, hacen de la prescripción algo carente de sentido, además de inútil”¹⁶⁰

¹⁵⁹ La pregunta obligada es: ¿Por qué motivo habría el legislador colombiano de dejar en el código penal la aplicación de una pena para un delito que no puede ejecutarse como ella lo prevé? La conclusión obligada a nuestra pregunta es que la interpretación del alcance del tipo penal es la que está errada. Una norma que tipifique una conducta imposible no es más que un elemento de hiperinflación legislativa en lo penal, cuyo efecto es exclusivamente de deslegitimación del sistema, pese a su posible intento por mostrar la fortaleza de un Estado que, siendo realmente débil para imponer la paz en su territorio, ve necesario servirse de la *fuerza simbólica* del derecho penal para asegurar sus objetivos, antes que de su fuerza real.

¹⁶⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit. págs. 498, 499.

3.3 PROPUESTA DEL AUTOR

Consideramos que este trabajo no sería suficiente si sólo mostrara el fundamento y alcance del actual tratamiento penal al delito de rebelión en nuestro país, sin intentar al menos esbozar una propuesta para afrontar el problema en la forma que se estima correcta, para lo que consideramos que hay que partir de reiterar que, si bien es cierto que dentro del sistema democrático tienen cabida todas las concepciones y a todas se les respeta, con la condición de que se avengan a participar en el juego de las mayorías según las reglas pacíficas y civilizadas de ella, la profundidad de ese sistema democrático se pone a prueba con la posibilidad de que en virtud del respeto por la diferencia que -por naturaleza- pregonan poder albergar en su seno, él mismo trate con penas no muy duras a quienes pretendan atacarlo usando las armas, para sustituirlo por uno mejor.

La punición benigna para el rebelde es la consecuencia de una prueba en la que se verifica si el sistema democrático es tan tolerante, tan éticamente sólido en sus principios, como para auto-limitarse en la tentación de destruir con todo el peso del estado que lo defiende, a aquellos que pretenden modificarlo o derrocarlo a través de las armas.¹⁶¹

Para continuar con nuestra propuesta final, es pertinente recordar que esta forma delictiva por la que los delincuentes políticos buscan modificar el régimen constitucional, reviste, como lo anticipamos en el capítulo segundo de este trabajo, una complejidad especial en cuanto al concepto dogmático de la acción, por lo que en esta sede se harán unas consideraciones especiales desde la óptica de la escuela finalista.

Si, como habíamos señalado, el tipo penal de la rebelión es un contenido en principio vacío que sólo puede ser llenado en el plano de los hechos sirviéndose para ello de la comisión de otros punibles, para esta figura la comprensión del elemento acción dentro de la teoría del delito también es de tipo complejo, es esencialmente final, esto es, la acción es omnicompreensiva de todos los medios delictivos de que se sirve el rebelde para llevar a cabo su fin.

Valga la oportunidad para recordar que si el objetivo que en el mundo de los hechos perseguía el rebelde, y que fue recogido en el tipo penal es el de derrocar un régimen de gobierno, o de reemplazar un orden jurídico vigente, el sujeto activo prevé que las acciones que debe desplegar serán de tal entidad que verdaderamente puedan poner en entredicho la estabilidad de sus objetivos,

¹⁶¹ Al respecto resulta ilustrativo traer a colación un pasaje del artículo publicado en un diario de circulación nacional que ha provocado la más reciente pugna entre el Gobierno Nacional y el Presidente del principal partido político de oposición, que a la vez fue uno de los magistrados que salvaron el voto en la plurimencionada sentencia de la Corte Constitucional, por las concepciones diversas sobre el tema: *“El tratamiento más benigno del delito político, en contraste con el delito común, es corolario de la filosofía liberal que reconoce el derecho a disentir pero reprocha el uso de las armas como un medio ilegítimo para ejercerlo.”* GAVIRIA DIAZ, Carlos. “UNA CONTRADICCIÓN OFICIAL. El gobierno Uribe y el delito político.” Op. cit.

considerando que su firmeza deriva de todo el aparato policivo y militar de que está dotado para garantizar su existencia frente al ataque de enemigos.

Si normalmente un delito no se provoca por una sucesión causal de hechos que no ha sido prevista por su autor, esto es, si desde el principio quien comete el ilícito –al menos en los tipos dolosos- tiene en la mente la cadena de actos que debe desplegar para llegar a su objetivo¹⁶², y ello vale para todos los tipos penales, pues es parte de la teoría general del delito, el tipo penal de la rebelión sólo merece la consideración especial de que los actos que en la mente del sujeto activo son necesarios para realizar el fin altruista, son a su vez otros hechos delictivos, y esto es lo que permite denominarlo como *delito complejo*.

La acción jurídico-penalmente relevante es fundamentalmente acción final, no una serie de eventos desencadenados en el plano de los hechos sin que hayan sido concebidos en una mente autora: *“En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así la sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es –dicho en forma gráfica- ‘vidente’, la causalidad, ‘ciega’.”*¹⁶³

*“Es también raro, en la práctica, que un delito político puro sea cometido sin estar precedidos de faltas o delitos de derecho común con los cuales él se encuentre más o menos estrechamente ligado, en razón del fin político único perseguido por uno o varios autores. El autor o autores del mismo pueden ser detenidos con la puesta en ejecución de sus planes políticos inmediatamente después de la perpetración del delito común, a continuación de la intervención de la justicia. Este delito no me (sic) queda al menos en conexidad con el delito político que el autor quiso cometer. La relación de conexidad se entiende generalmente en el sentido que el autor busca para un delito político puro. En el fondo los dos delitos aparecen ligados o formando uno solo, encontrándose así el alea de la conexidad.”*¹⁶⁴

Es por esta especificidad del delito de rebelión que no se puede decir que sea jurídicamente lógica la penalización individual de ésta conducta respecto de la de aquellas otras que se llevaron a cabo para perfeccionarla. Otra figura jurídica

¹⁶² WELZEL ha dicho *“Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello, dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción fina. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ello, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior.”* En: WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Op. cit., pág. 54.

¹⁶³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Op. cit., págs. 53, 54.

¹⁶⁴ ZARATE, Luis Carlos. Op. cit., pág. 11.

cualquiera, digamos: el daño en bien ajeno (art. 265 C.P.), el hurto (239), perfectamente pueden cometerse en forma pura, o sea, sin tener que recurrir *necesariamente* a la comisión de otros punibles, cosa que no pasa con el delito de rebelión, el cual sin sus delitos medio, queda reducido a una figura de comisión imposible.

Ahora bien, considerado aparte el hecho del yerro en que incurrió la Corte al declarar la inexecutable, lo cierto y relevante para el juzgamiento de esta figura actualmente es que por el simple hecho de una sucesión normativa, todo el código penal que contenía la norma eliminada del ordenamiento fue derogado con la expedición de la ley 599 de 2000, el cual es nuestro estatuto penal vigente.

De otro lado, sin adentrarnos en nuestro estudio en el tema de si la decisión de la Corte fue o no considerada por el Congreso al momento de debatir el contenido del capítulo único del título XVIII del código penal, el cual contiene la figura de la rebelión, lo cierto es que la norma declarada inexecutable no fue reproducida – posiblemente por que se hicieron en torno a ella reflexiones sobre una posible declaratoria de cosa juzgada material-. Aún así, lo que si se dejó consignado como figura delictiva fue el tipo penal de la rebelión, el cual quedó en estos términos:

“Art. 467.- Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Como se ve, con la norma citada el problema sigue siendo el mismo, puesto que su contenido –salvo el aumento de la pena previsto por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 para todos los delitos- es exactamente igual que el de aquella que tipificaba la rebeldía en el Decreto 100 de 1980¹⁶⁵ y que fuere declarada inconstitucional por la Corte. Ergo, seguimos teniendo una norma que tipifica la conducta de la rebelión, pero sin dispositivo alguno que permita absorber la pena por los delitos comunes cometidos para llevarla a cabo, contrariando la interpretación finalista según la cual la norma penal debe describir, y prescribir la sanción por algunas conductas, tal como ellas se presentan en la realidad.

Hay que mencionar, sin embargo, que en la práctica judicial la pena de sólo una conducta punible designada doctrinariamente como delito común está siendo absorbida por la pena del delito de rebelión, se trata de la pena por el delito de porte ilegal de armas. La consideración hecha para ello deriva de interpretar la expresión: “*mediante el empleo de las armas*” contenida en el tipo penal de rebelión, como un elemento normativo del mismo, por lo cual no se puede

¹⁶⁵ El texto normativo rezaba: “ART. 467. –Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

disgregar una pena aparte para aquella conducta que está consagrada expresamente como un fragmento del mismo tipo penal. Es la aplicación del principio de especialidad como mecanismo para romper el concurso aparente de tipos penales.

Es decir, la eliminación del concurso de tipos entre la rebelión y los delitos medio que sirven para llevarla a cabo sólo tiene aplicación en tratándose del delito de porte ilegal de armas y/o de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas¹⁶⁶, más no con relación a todos los demás punibles que pudieren llevarse a cabo con la misma finalidad. Pero la razón para esta interpretación no está en la especial naturaleza compleja del delito, que para la materialización de su objetivo requiere desplegar múltiples y disímiles conductas penales, sino en una interpretación *exegética* de la norma.

En otros términos, la legislación colombiana actualmente prevé que el trato punitivo benigno para el delincuente político sólo se reduce al hecho de tener armas –de uso privativo de las fuerzas militares o no- y pretender derrocar con ellas el gobierno nacional o el régimen constitucional o legal vigente, pero sin usarlas.

Como se ve, esta interpretación exegética de la norma recoge un hecho que en la realidad es imposible, puesto que una rebelión sin violencia física palpable no es más que un sueño, una ilusión para todos aquellos que profesamos el pacifismo como opción de vida, pero que en la práctica nunca se dará. Por ello, al amparo de una interpretación de la norma desde la óptica del finalismo, habría que concluir –en principio- que no sólo el porte ilegal de armas hace parte de los elementos del tipo penal, sino también todos los demás delitos de que se sirva el delincuente político para llevar a cabo su cometido. Es este hecho complejo, penalmente variado, el que debe interpretarse que recoge la figura típica de la rebelión en nuestro actual estatuto penal, para describir en su texto la conducta por la que impone una sanción al *empleo* de las armas.

En términos del mismo HANS WELZEL:

¹⁶⁶ “ARTICULO 365. FABRICACION, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. Artículo modificado por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.
2. Cuando el arma provenga de un delito.
3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades, y
4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

“ARTICULO 366. FABRICACION, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, o explosivos, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 2o del artículo anterior.”

“La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.”¹⁶⁷

Obviamente, somos conscientes de que esta es una formulación demasiado laxa en cuanto al tratamiento punitivo benigno que se pregona debe tener el delincuente político en Colombia. Pretender que por la sola voluntad política de quien comete cualquier atrocidad, ésta puede quedar exonerada de pena es caer en un exceso, en el otro extremo del autoritarismo jurisprudencial de los valores: la justificación total de los medios por sus fines. Por ello, el *límite del perdón* para aquellos que por móviles políticos empuñen las armas para cambiar un orden jurídico o un gobierno vigente en Colombia, también debe quedar al menos delineado en nuestro trabajo, y es el respeto al Derecho Internacional Humanitario.

Si este orden jurídico internacional es el límite mínimo que debe respetarse en toda confrontación armada, por el particular y generoso respeto que profesa hacia los derechos de los no combatientes, distinguiéndolos a ultranza de los enfrentados en las operaciones, y además ya ha sido consignado en el Estatuto de Roma que su trasgresión no es objeto de ninguna forma de perdón por los ordenamientos jurídicos internos, puesto que ello constituye un crimen *contra la humanidad entera* que puede ser perseguido intemporalmente¹⁶⁸, pues he ahí el límite jurídico¹⁶⁹ al perdón por los delitos comunes cometidos por el delincuente político.

Resaltamos nuestra propuesta tras explorar otras alternativas de solución al problema de la laguna que tiene nuestro sistema penal frente a la rebelión, como por ejemplo, aquella que consiste en plantear unos principios derivados de la

¹⁶⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Op. cit., pág. 59.

¹⁶⁸ Así lo contemplan los artículos 20, 27 y 29 del Estatuto de Roma: “**Artículo 20.-** Cosa juzgada. 1. ... 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 **a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.**” (La negrilla es nuestra). “**Artículo 27.-** Improcedencia del cargo oficial. 1. **El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna** basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. **Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.**” (La negrilla es nuestra), y “**Artículo 29.-** Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.”

¹⁶⁹ Que no límite moral, puesto que postular desde una óptica valorativa personal, un límite a la obligatoriedad jurídica de perdonar un delito común cometido con móviles políticos, es confundir los espacios del ser del derecho con los de su deber ser, lo cual no es coherente con la teoría garantista.

interpretación del texto constitucional para determinar cuando hay absorción de pena y cuando no, con el efecto de romper así el concurso aparente de tipos penales. Esta alternativa, pese a su igual raigambre democrática, no resulta del todo garantista, puesto que tiene el efecto de pretender reducir el autoritarismo imperante en el juzgamiento de la rebelión, a través de dispositivos que no vinculan en la forma más adecuada la actividad interpretativa del juez. En efecto, es bien sabido que los principios, por oposición a las reglas (DWORKIN Vs. HART), tienen una textura abierta, porosa, que favorece la toma *válida* de partido frente a la interpretación de la norma, en contraste con la estructura lógica de las reglas, que no ofrecen mayores espacios de discrecionalidad hermenéutica. En otras palabras, la aplicación de principios salidos de la Constitución para derivar la existencia o no de un concurso de tipos penales, no es una tesis consecuente con la teoría del garantismo penal, toda vez que en aras de las garantías para el procesado, hay que propender por que la norma penal contenga presupuestos de hecho claros y empíricamente verificables, y por que la actividad judicial frente al delito, sea eminentemente de comprobación de hechos, no de valores normativos, pues esto reduce la capacidad del procesado para controvertir los argumentos de la sentencia, convirtiéndola eminentemente en una actividad *decisionista* y no de *verificación*¹⁷⁰.

En últimas, el problema que dejó la sentencia de la Corte, y que también reprodujo el tipo penal de la rebelión contenido en el nuevo código penal, fue una laguna, pues no queda claro el alcance punitivo del concepto privilegiado que nuestro orden jurídico da a la rebelión. Por ello, la opción válida para el interprete de la norma, dentro de los límites que le impone la teoría del garantismo visto en el nivel de la dogmática jurídica, es resolver la laguna deduciendo de otras normas la absorción de la pena por los delitos comunes cometidos para llevar a cabo el delito de rebelión.¹⁷¹

Esa norma cuya aplicación directa se hace necesaria para superar esa deficiencia del sistema penal colombiano es la garantía constitucional al non bis in idem, contenida en el artículo 29 de nuestra Constitución Política de 1991. Si ella prohíbe que se juzgue dos veces a alguien por el mismo hecho, no puede predicarse concurso de tipos entre, v.gr. un homicidio (político) y la rebelión misma, toda vez que la teoría finalista de la acción implica que uno se ejecuta para realizar otro, lo cual permite la aplicación de la absorción de la segunda por la primera, destruyendo así el aparente concurso de tipos.

De esta manera cobra validez lo anunciado por nosotros en el segundo capítulo de este trabajo, cuando analizando los dispositivos para excluir el concurso aparente de tipos penales, y específicamente hablando del principio de la absorción,

¹⁷⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Op., Cit.

¹⁷¹ “No es menos cierto, en todo caso, que al jurista, como él mismo sugiere, no le está permitido cubrir las lagunas estructurales que pueda detectar cuando no consiga deducir las normas ausentes a partir de otras normas, y que lo único que puede hacer en estos casos es denunciarlas y proponer su solución de iure condendo...” FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO, UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Op. cit., pág. 68.

mencionamos que no era suficiente pregonar su aplicación pura y simple, sin que tuviera asiento en la norma constitucional que prescribe el *non bis in ídem*. En efecto, tras argumentar en líneas anteriores que por la aplicación de algunos principios abstractos, propios del Estado Social de Derecho, como el orden, la paz, la convivencia pacífica y la democracia, no pueden vulnerarse concretas garantías penales del orden sustantivo y procesal, como la que nos ocupa, y que es propia del estado de derecho que subyace vivo en su sucesor –el estado social-, podemos concluir válidamente que a pesar de la sentencia de la Corte Constitucional, nuestra propuesta puede ser tenida en cuenta, como aplicación directa al caso, de una garantía fundamental de estirpe constitucional, a través de la figura dogmática de la absorción.

Así planteado, la fortaleza de nuestro argumento es aún mayor al considerar que si bien la sentencia declaró inexecutable una norma del orden legal, y ella no fue reproducida en el nuevo código, incluso por lo que pudo considerarse como el respeto a una declaratoria de inconstitucionalidad que hizo tránsito a cosa juzgada material, por lo que no podía volverse a consignar en norma alguna, la conclusión es que ese pronunciamiento de fondo de la Corte se dio al sopesar el texto legal frente a valores abstractos como la paz, pero nunca se hizo, y aunque se hiciera, nuestra tesis no perdería fuerza, una confrontación entre ellos y garantías fundamentales concretas de un procesado por rebelión en un juicio penal.¹⁷²

La norma constitucional invocada significa que el derecho no puede volver a imponer una sanción para las conductas que ya han sido juzgadas. Para nuestro caso específico, las acciones que en la cabeza de su agente eran una sola, todas encaminadas al mismo fin, no pueden ser sujeto de múltiple incriminación, puesto que así el juicio de reproche para ellas quedaría totalmente desnaturalizado. Piénsese, por ejemplo, cuál sería el fundamento de la recriminación judicial hecha a un homicidio que fue planeado como medio para poder acceder al poder político del país, si esa finalidad que su agente le dio es separada en sede judicial de la acción desplegada. El delito es vaciado de su contenido por el juez, y habiéndolo dejado sin un móvil, no puede graduar el quantum del reproche que merece la conducta.

Esto es, a pesar de la compleja y variopinta serie de hechos ilícitos individuales que comporta la rebelión, la finalidad de la comisión de todos ellos era **una sola**:

¹⁷² Recuérdese al respecto, que si bien la Corte ha sostenido en copiosa jurisprudencia –valga decir, de una forma algo ingenua, pues desconoce los incontables ejercicios de ponderación que ha hecho entre normas constitucionales, con lo que en el fondo reconoce su conflicto en algunos casos- que no hay jerarquías al interior de los valores contenidos en la Constitución Política, por lo que ella es un *todo armónico* en el que sus principios y valores no entran en pugna, las consideraciones que hemos hecho sobre las garantías fundamentales y su funcionalización al servicio de objetivos prestacionales propios del Estado Social de Derecho, son suficientes para predicar que aún en un eventual análisis autoritario de lo aquí propuesto, que pretenda validar nuevamente el orden, la paz y el sistema democrático vistos en abstracto frente a los derechos fundamentales, en manera alguna tiene la fuerza suficiente para hacer que éstos cedan a aquellos sin subvertir el orden normal de las cosas, sin desconocer en forma autoritaria que la naturaleza de los fines del Estado Social de Derecho sólo queda legitimada en la medida en que también se realicen los fines no intervencionistas de su antecesor el Estado Liberal de Derecho.

derrocar el gobierno nacional, o revocar el régimen constitucional y/o legal vigente, para sustituirlo por uno mejor, más justo¹⁷³. De ahí que la apreciación del grado de culpabilidad que concurrió en la comisión del punible, sólo puede hacerse respecto de la rebelión, no de los demás tipos penales.

Somos conscientes de que esta propuesta tiene utilidad en momentos como el actual, en el que no hay un proceso de paz en curso con los rebeldes, busca responder a la laguna actualmente existente para judicializar el delito de rebelión con las leyes de que disponemos, esto es, para la judicialización sin ley especial de amnistía o indulto, por que si hubiese proceso de paz, la ley que lo regule tendría –o debería tener- un alcance general para todos los desmovilizados, no sólo para uno de ellos, y por tanto ella debería también señalar cuales delitos pueden ser perdonados y cuales no.

De la misma manera, entendemos que una propuesta como la nuestra termina teniendo un alcance mayor a aquél que tenía la norma declarada inconstitucional. en efecto, mientras que de su texto se podía derivar exención de pena sólo para los delitos cometidos en combate, con la propuesta que nosotros hacemos no sólo éstos, sino también todos los demás delitos que se cometan para conseguir el fin rebelde, terminarían estando exentos de pena, excepto los que contravengan el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, la aplicación del Derecho Penal Internacional para limitar la absorción de la pena por los delitos comunes, en principio incondicionada, en la pena impuesta para el delito de rebelión, es viable en tanto así lo prevé el principio de integración que está contenido en el artículo segundo del código penal, pues prescribe que estas normas de derecho internacional hacen parte integral de su texto¹⁷⁴.

Piénsese, por ejemplo que un delito de hurto, si bien puede ser cometido con fines políticos (v.gr. de financiación del grupo ilegal), si no fue cometido en combate, no era objeto de exención de pena bajo el esquema de la norma anterior. Sin embargo, a la luz de nuestra propuesta, perfectamente adquiere su status de delito medio, y por tanto no concursa con el tipo penal de rebelión, sino que la pena de éste subsume la de aquél.

¹⁷³ Consecuentemente con ello, al margen de la ambición de este trabajo queda considerar situaciones como por ejemplo la siguiente: si la clásica razón de ser de la distinción entre delito político y delito común está en la motivación altruista del delincuente de opinión, para cambiar el régimen vigente por otro más justo, más equitativo, más libertario, piénsese en un delincuente político *atípico* que no quiera sustituir el régimen actual por otro que considere más justo, sino que, por el contrario quiera sustituirlo por otro más opresivo, menos equitativo, a sabiendas de ello. En este caso, la pregunta sería: está dispuesto el régimen constitucional –democrático- colombiano a tolerar atentados perpetrados por delincuentes políticos en su contra, no con la finalidad de mejorarlo, sino de empeorarlo o degradarlo? Como se anunció en el principio del capítulo sobre el delito de rebelión, ello hace parte de un debate propio de otras disciplinas, como la teoría de la democracia constitucional, cuyo sentido y alcance no es propiamente el interés de este trabajo, sin embargo, el caso no deja de ser sugestivo, por lo que posiblemente abre las puertas a explorar otras dimensiones de la democracia en futuros trabajos.

¹⁷⁴ La norma dice: “*ARTICULO 2o. INTEGRACION. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.*”

Si hay vínculos sustanciales entre la exención de pena por los delitos comunes cometidos para materializar una rebelión, y la Constitución Política, ellos son los derechos fundamentales, que, protegidos a través de las normas del Estatuto de Roma ante un posible ataque legitimado por los propios fines con que ello se haga, no pueden ser transgredidos por el delincuente político, lo cual implica que nuestra constitución tiene un mínimo núcleo duro, intangible o cláusulas pétreas. Son las reglas mínimas para proteger la existencia de la humanidad, cuya trasgresión no es susceptible de transacción, so pena de hacer inhumano cualquier proyecto político, y por lo tanto, imperdonable bajo el concepto de delincuencia política, toda vez que ésta siempre tiene un móvil humanista, una inspiración altruista que motiva a los rebeldes.

De la misma manera, tenemos conciencia de que este trabajo no tiene la pretensión de ser exhaustivo al enlistar los delitos comunes cuya pena deba ser absorbida por la del delito de rebelión, y los que no lo deban ser. Las intenciones de este trabajo se agotan en allanar un camino que la sentencia de la corte había cerrado por completo: el de la teoría de los delitos comunes conexos al delito político, la cual debe ser construida nuevamente en el nivel de la dogmática, ahora a partir del aporte que este trabajo representa al entregar un suelo firme que sirva como punto de partida.

Finalizando, podemos decir que la necesidad de una propuesta como la aquí sostenida es imperiosa, en la medida en que la práctica judicial vigente en cuanto al juzgamiento del rebelde es inconstitucional, anti-garantista y autoritaria, por lo que, siguiendo los lineamientos de la teoría del garantismo penal, sostenemos que en aplicación de la garantía constitucional al *non bis in ídem*, en adelante deberá abolirse el concurso de tipos penales que actualmente se viene proclamando en los procesos penales por rebelión, entre ésta y los delitos que le sirven de medio para realizarse.

El límite a ese tratamiento benigno que defendemos será el del Derecho Penal Internacional, manifestado en el Estatuto de Roma, que hace imperdonables los actos delincuenciales definidos en su contenido. La salida no podía ser otra que la de aplicar normas actualmente existentes para dar solución al caso, so pena de confundir personales consideraciones de filosofía política con el derecho existente, lo que no podría hacerse si se pretende guardar coherencia con la teoría del garantismo que ha servido de apoyo a este trabajo.

De la misma manera, si bien vemos en el Estatuto de Roma un primer límite a la exoneración de pena que proponemos para los delitos comunes cometidos para llevar a cabo la rebelión, por la conexidad de medio a fin que existe entre éstos, nada se opone a que en adelante el legislador, con fundamento en las especiales consideraciones de política criminal que considere, imponga mayores restricciones para ese beneficio, obviamente sin olvidar la complejidad fáctica que comporta la comisión de esta conducta, pues hay que considerar que nuestra propuesta se

enmarca en el actual contexto colombiano en el que no hay una regulación legal específica frente al punto.

Esto es, si el garantismo no se opone a la crítica del derecho vigente, hay que discernir, en primer lugar, si la crítica se hace desde lo que moralmente se considera que debe ser el derecho, o si ella se hace al interior del ordenamiento jurídico, para lo cual el rasero con el cual se interpretan las normas regulares, es la Constitución. Es ello lo que hemos pretendido hacer en este trabajo, defendiendo la aplicación directa de la garantía fundamental al *non bis in ídem* que consagra expresamente nuestra Carta Política. Como lo anota SOTOMAYOR, en vigencia de un paradigma penal garantista, las normas constitucionales adquieren valor propio, y su aplicación es obligatoria, especialmente para casos en que la interpretación y aplicación de las normas vigentes deviene sustancialmente inválida. El autor sostiene:

“En efecto, las relaciones del juez con la ley están determinadas por el significado de la vigencia y de la validez: en virtud del concepto de vigencia, el juez puede aplicar válidamente las leyes vigentes; pero en virtud del concepto de validez, el juez no tiene una obligación jurídica de aplicar las leyes inválidas (así estén vigentes). En pocas palabras, la obligación jurídica del juez hacia la ley vale “solo con relación a las leyes válidas además de vigentes”: ante la ley vigente, el juez puede aplicarla válidamente (pues existe una presunción de validez para las leyes vigentes) o puede inaplicarla válidamente si estima que la ley es inválida.

*“Lo anterior significa que, ante una ley inválida pero vigente (más exactamente, ante una ley de dudosa validez), el juez (pero también el jurista) puede hacer dos cosas. **Puede, por una parte, hacer una interpretación restrictiva de la misma que (evitando la antinomia con la Constitución) permita una decisión constitucional para el caso concreto; aunque, eso sí, de este modo estaría avalando su conservación.** Pero puede, por otra parte, poner de manifiesto la antinomia, denunciando el irreductible contraste entre ley y Constitución y promoviendo, de este modo, su anulación; aunque, eso sí, mientras la ley no sea anulada, estaría avalando decisiones dudosamente constitucionales.”¹⁷⁵ (Negrilla fuera del texto)*

En última instancia nuestra propuesta resulta análoga a la hecha por FERRAJOLI para el caso italiano. En efecto, para el caso de su país, el iusfilósofo propone una suerte de *reforzamiento constitucional contra los cambios del código penal*, a efectos de proteger las garantías sustanciales y procesales consagradas en la ley penal, de los cambios caprichosos y meramente circunstanciales del legislativo a través de la legislación de emergencia, haciendo uso para ello de unos procedimientos más exigentes para la reforma de la legislación penal sustancial y/o procesal que, en todo caso no pueda hacerse en forma aislada, sino sólo modificando la totalidad del código, aunque la reforma sea de un solo artículo. Dicho supuesto, denominado por él como una *reserva reforzada de código*, sería en cierta forma algo parecido a lo propuesto por nosotros para el caso colombiano.

¹⁷⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit, págs. 25, 26.

En efecto, si bien la propuesta de FERRAJOLI pasa principalmente por una reforma constitucional, la propuesta hecha por nosotros para Colombia pasa simplemente por la aplicación de la garantía fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho que está contenida en nuestra Constitución Política, reproducida como norma rectora del código penal, y en atención al fin que se propuso el delincuente político desde el inicio de sus acciones, y en esa medida, hablamos de dos alternativas de solución similares. Si bien es cierto que la propuesta del italiano tiene mayor alcance, mayores pretensiones de amplitud, buscando abarcar todo el sistema penal italiano desde una profunda reformulación de sus principios, haciendo una *catarsis* que lo lleve a retomar su carácter de *última ratio* y a disminuir su indiscriminada inflación que hace del código penal una herramienta pesada e ineficiente, la nuestra tiene pretensiones más modestas y busca dar una solución a un caso más concreto, el de la judicialización del delito de rebelión y sus delitos conexos, mismos que en la Constitución colombiana tienen una prerrogativa especial en cuanto a su juzgamiento.

Si, como se ha señalado, nuestra Carta Política de 1991 tiene un fundamento profundamente democrático por ser fruto, entre otras cosas, del consenso que dio lugar a un proceso de paz entre el gobierno y las guerrillas de la época, no puede pensarse en que dicha figura delictiva fue condenada o proscrita de nuestro ordenamiento legal, y ni siquiera puede pensarse en que el Constituyente de 1991 hubiese pensado en su abolición o trato endurecido, en contraste con la ya prolongada tradición de trato benévolo y raigambre democrático que había hecho carrera en el país frente al tema.

Por ello, también podemos decir que la idea aquí sostenida constituye un intento por recobrar el carácter del *ius puniendi* como órgano de control social de *última ratio*, afirmando que, una pretensión para dar solución al conflicto armado colombiano que desdeñe la modificación de las condiciones económicas y sociales que le dan origen, y se funde exclusivamente en el uso del derecho penal, sobredimensiona su papel en la sociedad, recargándolo de funciones que no está en capacidad de cumplir, lo que en últimas, deriva en su deslegitimación ante la sociedad.

Y no sobra una última aclaración: nuestra propuesta en manera alguna significa la toma de partido a favor de la lucha armada en general como partera de la historia, o como mecanismo moralmente aceptable para conseguir conquistas jurídicas, y en particular, tampoco significa una voz de apoyo a los movimientos insurgentes que militan en nuestro país. Por el contrario, a título personal condenamos esas formas de lucha, pero no por ello llegamos al extremo de creer que esa particular visión moral nuestra es la que inspira el contenido democrático de nuestra Constitución; defendemos lo irreductible de la vida humana, pero esa es *nuestra* particular visión moral, que no pretendemos superponer en forma autoritaria frente a otras como la que pudieren tener los rebeldes, disfrazándola de juridicidad. Lo que intentamos es rescatar el espíritu respetuoso por las garantías fundamentales de la persona que está en nuestra Carta Política de 1991, como el debido proceso

penal sin doble juzgamiento a los mismos hechos, sin renunciar a que sea funcionalizado en torno a objetivos autoritarios, abstractos o externos a los propios proyectos individuales de cada ser humano. No es la reivindicación de las guerrillas lo que contiene este trabajo, en manera alguna podía serlo, sino la reivindicación de la idea según la cual solamente el profundo respeto por las garantías individuales, puede hacer que los colombianos tengamos un verdadero Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Reimpresión de la Segunda Edición. Ed. Temis S.A. Bogotá, 1994 269 págs. Trad. de: JORGE GUERRERO R. Título original: Teoría della norma giuridica. Torino, 1958 y Teoría dell' ordinamento giuridico, Torino, 1960.

CANCINO MORENO, Antonio José; CANCINO GONZALEZ, Iván Alfonso; TELEKI AYALA, José David. EL DERECHO PENAL EN MACONDO. Academia Colombiana de la Abogacía, Universidad Externado de Colombia, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca. Librería Ediciones del Profesional Ltda.. Ed. 2005. Bogotá, Colombia. 495 págs.

CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Parte Especial. Vol VII. Trad. de: ORTEGA TORRES, José Jorge, y GUERRERO, Jorge. Ed. Temis. Cuarta edición revisada. Bogotá, 1.978. 527 págs.

FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORIA DEL GARANTISMO PENAL. Trad. de: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. RUIZ MIGUEL, Alfonso. BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Ed. Trotta S.A., Madrid. 1995. 991 págs.

FERRAJOLI, Luigi. GARANTISMO. UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Trad. de: GREPPI, Andrea. Ed. Trotta S.A. Madrid. 2006. 132 págs.

HART. H.L.A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, traducción de Genaro R. Carrió. 1968 (2ª). Edición original de 1961.

KUHN, Thomas S. LA ESTRUCTURA DE LAS REVOLUCIONES CIENTÍFICAS. Tercera Reimpresión. (Fondo de Cultura Económica, Colombia), 1996. Título original: The Structure of Scientific Revolutions. 319 págs.

OROZCO ABAD, Ivan y GOMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. LOS PELIGROS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN MATERIA CRIMINAL. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo. Dirección General de Prevención y Conciliación. Coedición con: Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1.997. 486 p.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General – Parte Especial. 7ª Edición. 2005. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1491 págs.

PACHECO OSORIO, Pedro. DELITOS CONTRA EL ESTADO. Ed. Temis S.A. Bogotá, 1986. 77 págs.

PEREZ, Luis Carlos. DERECHO PENAL, PARTES GENERAL Y ESPECIAL, Tomo II. Ed. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1989. 518 págs.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 2 ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, (Coordinador) GARANTISMO Y DERECHO PENAL. Ensayos de: FERRAJOLI, Luigi; OROZO ABAD, Ivan; GONZALEZ ZAPATA, Julio; LARRAURI PIJOAN, Elena; ANDRES IBAÑEZ, Perfecto; GASCÓN ABELLÁN, Marina; CHINCHILLA HERRERA Tulio Elí; REYES CUARTAS, José Fernando; CALLE CALDERÓN, Armando Luis. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Ed. Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2006. 222 págs.

WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. Parte General. Trad. de: BUSTOS RAMIREZ, Juan y YÁÑEZ PEREZ, Sergio. 11ª Edición. Ediciones Jurídicas del Sur. Chile. 1980. 378 págs.

ZARATE, Luis Carlos. EL DELITO POLÍTICO. Ed. Librería del Profesional. 1ra. Edición. Bogotá. 1996. 258 págs.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia.

Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal anterior)

Ley 599 de 2000, (Código Penal vigente) modificado por la ley 890 de 2004.

Estatuto de Roma

ARTICULOS DE INTERNET

ARISTIZABAL VILLA, Javier. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.5 2005 No. 1 pp. 141-147 ISSN 1657-3978. Documento de internet.

GAVIRIA DIAZ, Carlos. "UNA CONTRADICCIÓN OFICIAL. El gobierno Uribe y el delito político". documento de Internet. En: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/otroscolumnistas/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3685359.html

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-045 de 1996. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-221 de 1994 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-239 de 1997 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-299 de 1998 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-371 de 1994 M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-430 de 1996 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ,

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-118 de 1993 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 069 de 2004. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 de 1997 Magistrados Ponentes Drs. JORGE ARANGO MEJÍA y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Junio 11 de 2002. Radicación 19441. M.P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Septiembre 20 de 1988. Acta No. 59. M.P. Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS.